Die fiduciarische Abtretung von Forderungen.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

Sonnabend, den 16. Februar 1901, mittags 12 Uhr,

in der

Aula Leopoldina der Königlichen Universität

gegen die Herren Opponenten

Referendar **Eugen Ollendorff** in Wüstegiersdorf,
Cand. iur. **Moritz Henschel** in Breslau,

öffentlich verteidigen wird

Georg Tarnowski,
Referendar am Königl. Landgericht Brieg.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Breslau 1901.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Begriff und Inhalt der fiduciarischen Rechtsgeschäfte . . . . . 1— 6

B. Die fiduciarische Abtretung von Forderungen im gemeinen Recht.

§ 2. Abgrenzung der fiduciarischen gegen ähnliche Rechtsgeschäfte . . . . . 7—14

§ 3. Der abstrakte Charakter der Cession als Existenzbedingung der fiduciarischen Abtretung . . . . . 14—20

§ 4. Die verschiedenen Theorieen . . . . . 20—29

§ 5. Streitfragen . . . . . 29—45

§ 6. Insbesondere die Rechtslage im Konkurse des Fiduciars . . . . . 45—50

C. Die fiduciarische Abtretung von Forderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 7. Übersicht über die geschaffene Rechtslage. . . . 51—56

§ 8. Versuch einer eigenen Konstruktion . . . . . 57—62

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0165

A. Einleitung.

§ 1. Begriff und Inhalt der fiduciarischen Rechtsgeschäfte.

A. besitzt eine Forderung von 1000 Mark gegen B. und bemüht sich vergeblich, Zahlung zu erhalten. Gewisse Rücksichten bestimmen ihn, nicht selbst gegen B. vorzugehen, und er will die Firma X., von der er weiss, dass sie sich damit befasst, nicht ganz sichere Aussenstände anderer Kaufleute gegen eine Provision einzutreiben, mit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung betrauen. Um ihr völlig freie Hand zu lassen und selbst ganz aus dem Spiele zu bleiben, cediert A. die Forderung schriftlich der Firma X., und händigt ihr den betreffenden Schuldschein ein, macht jedoch mündlich mit ihr aus, dass sie nach Eintreibung der Forderung ihm den Betrag nach Abzug einer Provision zurückzuerstatten habe. Ehe es jedoch zur Beitreibung kommt, gerät die Firma X. in Konkurs. A. macht sein Aussonderungsrecht bezüglich der Forderung geltend, welches ihm jedoch vom Konkursverwalter mit dem Hinweis darauf bestritten wird, dass ja die fragliche Forderung durch die ordnungs- und rechtmässige Abtretung aus seinem in das Vermögen der Gemeinschuldnerin übergegangen sei. Was seine persönlichen Ansprüche allerdings beträfe, so rangiere er in gleicher Stufe mit allen übrigen Konkursgläubigern.

Das Bemerkenswerte in diesem Falle springt sofort in die Augen. A. hat, um sich den verschiedentlichen Unannehmlichkeiten zu entziehen, die die energische Verfolgung seiner Ansprüche für ihn im Gefolge gehabt hätte, sein

Forderungsrecht der Firma übertragen, welche sich auf derartige Geschäfte versteht. Er hat keineswegs die Absicht gehabt, sich dieser Vermögenswerte zu entäussern, vielmehr wollte er durch die geschilderte Operation seinen Anspruch möglichst schnell realisieren. Soll er nun durch das zufällige Fallissement der Firma einen so erheblichen Vermögensverlust erleiden, und sollen andererseits die Konkursgläubiger von seinem Schaden profitieren? Denn wenn eine vollgültige Cession vorliegt, so ist in der That der Cridar auch Gläubiger geworden, und die Forderung von 1000 Mark fällt zur Masse. Besteht hier nicht ein krasser Widerspruch zwischen Wollen und Geschehen, zwischen Absicht und Erfolg? Ein Widerspruch, welcher auf den ersten Blick juristisch durchaus folgerecht und logisch erscheint, während die wirtschaftlichen Konsequenzen dieser Logik handgreiflich falsche sind. Wie kann man ihn lösen, ohne den allgemeinen juristischen Grundsätzen der Billigkeit Gewalt anzuthun?

Die eingehende Betrachtung dieses Falles führt uns auf ein Gebiet, welches der Theoretiker früher fast gar nicht und erst in letzter Zeit häufiger betreten hat, ohne jedoch ein in allen Punkten befriedigendes Resultat zu erzielen. Und doch zeigt das Beispiel, dass derartige Geschäfte keineswegs zu den Seltenheiten gehören, und ein Blick in den Inseratenteil einer grösseren Zeitung lehrt, wie häufig derartige Anerbieten von Firmen sind. Indessen haben wir es hier nur mit einem Glied in einer Reihe, mit einem einzelnen unter vielen Rechtsgeschäften zu thun, welche alle unter denselben Gesichtspunkt fallen, sich alle mit demselben Namen bezeichnen lassen, dem der fiduciarischen Rechtsgeschäfte.

Ihering[1]) und Kohler[2]) sind es, die unter Benutzung eines gewaltigen rechtshistorischen Materials gezeigt haben,

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts. § 57 ff.

[2]) Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, in Iherings Jahrbüchern Bd. 16, S. 140 ff.

welche Fülle von Geschäften dieser und ähnlicher Art das Leben gezeitigt hat und zeitigt, und wie schwierig es ist, die fiduciarischen gegen andere Rechtsgeschäfte abzugrenzen. Um einen wirtschaftlichen Zweck irgendwelcher Art zu erreichen, sind die verschiedenen Institute des positiven Rechtes vorhanden. Will man jemandem das Recht geben, Gelder für ihn einzukassieren, so erteilt man ihm eine Vollmacht, will man ihm Sicherheit für eine Forderung verschaffen, so ist das Nächstliegendste das Pfandrecht. Das praktische Leben jedoch bleibt bei derartigen Typen nicht stehen, sondern es finden sich bald im Verkehr die mannigfaltigsten Kombinationen, welche menschliche Schlauheit erfunden hat, um mit anderen Mitteln dieselben ökonomischen Zwecke zu erreichen. Der Grund, warum auf Umwegen vorgegangen wird, ist ein verschiedenartiger: einmal bietet vielleicht der gewöhnliche Weg zu viele formale Schwierigkeiten, ein ander Mal will man seinem Kontrahenten eine freiere und sicherere rechtliche Lage gewähren, als es sonst geschehen könnte. Beispiele, welche die Hauptformen der fiduciarischen Rechtsgeschäfte enthalten, werden das erläutern.

Müller schuldet dem Schultze ein Darlehen von 300 Mark, welches am 1. März 1901 fällig ist. Auf Bitten des Müller stundet ihm Schultze die Schuld bis zum 1. Januar 1902, verlangt jedoch eine Sicherstellung seiner Forderung. Zu diesem Zweck übergiebt ihm Müller ein ihm gehöriges Klavier im ungefähren Werte von 500 Mark, jedoch unter der mündlichen Abrede, dass Schultze bei pünktlicher Zahlung der 300 Mark das Klavier zurückzugeben habe. Es wird hier Eigentum übertragen lediglich zum Zwecke der Sicherstellung, es wird tradiert zum Zwecke der Verpfändung: traditio in securitatem. Nimmt man an Stelle der Tradition den Fall, dass Müller dem Schultze eine Forderung, die ihm gegen Lehmann zusteht, cediert unter der Bedingung, dass Schultze bei pünktlicher Zahlung die Rückübertragung vorzunehmen habe, mit anderen Worten sich — wie bei einer verpfändeten Forderung — bis zum

1. Januar 1901 jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten habe, so haben wir das, was die Praxis mit cessio in securitatem bezeichnet.[1]) Eine dritte Abart zeigt das im Anfange gegebene Beispiel, mit welchem im Wechselrecht parallel das Institut des sogenannten Prokurawechsels läuft. Der Wechsel wird einer Person giriert, und obwohl sie als Indossatar legitimiert erscheint, hat sie den Wechsel doch nur zum Zwecke des Inkasso. Sie soll den Wechsel präsentieren, das Geld einziehen und es dem Indossanten aushändigen. Dieses Vollindossament zu Inkassozwecken ist vielfach im Gebrauch, da das Inkassogiro unbeliebt und in der Handelswelt auch vielfach unbekannt ist. Unbeliebt ist es schon deshalb, weil ein Hinzusetzen des Inkassovermerkes als Misstrauensvotum aufgefasst werden könnte. Hierher gehört auch noch der sogenannte Depotwechsel, der für eine künftige oder noch nicht fällige Schuld der Sicherheit halber ausgestellt wird.

Alle diese verschiedenartigen Gestaltungen haben miteinander gemein, dass zur Erreichung ökonomischer Zwecke Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, deren Wirkung an und für sich eine weit grössere und intensivere als die schliesslich beabsichtigte ist, dass, wie Leist[2]) treffend bemerkt, ein Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel besteht. Diese über das Ziel hinausschiessende Wirkung muss natürlich wieder zurückgeschraubt werden, und dies geschieht durch ein pactum zwischen den Kontrahenten, durch welches diese sich den schliesslichen Endzweck garantieren. Das Charakteristikum ist stets, das dem einen Kontrahenten eine freie Stellung eingeräumt wird und dass das Endresultat des Geschäftes davon abhängt, wie er seine Vertrauensstellung ausnutzt. Was man heute unter fiduciarischen Geschäften versteht, ist kein feststehender und unveränderlicher Begriff. Man hat mit diesem Ausdruck,

[1]) Der Ausdruck wird gebraucht vom Reichsgericht, Entsch. Bd. II S. 170 Anm. 1.

[2]) Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889. S. 79.

der sich in keinem Gesetzestext findet, eine Reihe durch Gewohnheitsrecht entstandener Rechtsgeschäfte, deren Haupttypen eben erwähnt worden sind, zusammengefasst, weil sie in ihrer eigenartigen Gestaltung an die fiducia des alten römischen Rechts erinnerten. Sie haben mit ihr gemein, dass hier wie dort zunächst eine Inkongruenz zwischen dem Zweck des Rechtsgeschäftes und dem gewählten Mittel besteht, welche nur durch die pflichtgemässe Ausübung der Vertrauensstellung durch den Fiduciar ausgeglichen wird. Sie unterscheiden sich dadurch, dass die fiducia verknüpft ist lediglich mit dem Formalgeschäft der mancipatio oder in iure cessio, während im modernen Recht bei den mannigfaltigsten Rechtsgeschäften fiduciarische Abreden möglich sind.

Der Ausdruck »fiduciarisches Geschäft« stammt von Regelsberger[1]) und ist wohl jetzt allgemein acceptiert, während Kohler den Namen »verdecktes Geschäft« gebraucht. Bezeichnend ist wohl auch für den Fiduciar die Benennung persona interposita, vorgeschobene Person; hinter ihm steht der eigentliche Geschäftsherr, welcher die Operationen seines Vordermannes beobachtet, um im geeigneten Moment an seine Stelle zu treten.

Die fiduciarischen Geschäfte sind ein Produkt des Verkehrs; mit dem Wachsen des Handels mit nicht realisierten Vermögenswerten tauchen sie auf und verlangen rechtliche Berücksichtigung. Die abgezirkelte Welt der juristischen Begriffe wird zu eng, sie wird durchbrochen, und die Rechtswissenschaft hat sich mit den entstandenen Gebilden abzufinden. Es ist begreiflich, dass in den meisten Pandektenlehrbüchern der fiduciarischen Geschäfte, keine Erwähnung gethan wird, wenngleich sie beispielsweise auch von Windscheid[2]) und Arndts[3]) zweifellos anerkannt werden. So heisst es bei Windscheid an einer Stelle, »dass der Sicherungszweck natürlich durch jede Vermögens-

[1]) Regelsberger im Archiv. f. d. civil. Praxis. Bd. 63, S. 173.
[2]) Windscheid, Pandekten I, § 224 Note 2.
[3]) Arndts, § 365 Note 1.

zuwendung erreicht werden könne«, und Arndts sagt: »Möglich ist heute noch Übertragung des Eigentums an den Gläubiger unter jeder Verabredung«. Dernburg befasst sich bereits eingehender mit den gedachten Geschäften, und in neuerer Zeit sind sie vielfach Gegenstand genauerer Behandlung geworden.[1]) Die obersten Gerichte haben grundlegende Entscheidungen gefällt, und so ist das einst so einsame Gebiet jetzt belebter geworden. Die Gesetzbücher kennen weder den Ausdruck, noch handeln sie überhaupt von dem Gegenstand. Die Gesetzgebung darf natürlich nicht der freien Entwicklung des Verkehrs Fesseln anlegen durch ein einfaches Nichtberücksichtigen aller Rechtsakte, die es in dieser Gestalt vielleicht nicht kennt. Vielmehr hat die Wissenschaft zu untersuchen, ob Rechtsgeschäfte, welche einen bestimmten Zweck auf anderem als dem gewöhnlichen Wege zu erreichen suchen, etwa die bestehende Rechtsordnung verletzen, und sie dann abzulehnen. Oder sie hat, falls dies nicht der Fall ist, das Gegebene juristisch den Parteiintentionen gemäss zu konstruieren. Hier ist der Punkt, wo zunächst eingesetzt werden soll. Es soll die Aufgabe der folgenden Abhandlung sein, zunächst die fiduciarischen Geschäfte genau zu unterscheiden von ähnlichen erlaubten und unerlaubten. Es soll sodann versucht werden, unter Herausgreifen speziell der fiduciarischen Abtretung von Forderungen

1. eine Übersicht über den bisherigen Stand der Frage zu gewinnen,
2. die Überzeugung zu erwecken, dass der gewonnene Standpunkt nicht durchweg befriedigt und
3. zu zeigen, dass darum vielleicht eine andere Betrachtungsweise am Platze sein dürfte.

[1]) Dreyer, Das fiduciarische Rechtsgeschäft in Gruchots Beiträgen. Bd. 40. — Lang, Die Wirkungen der fiduc. Geschäfte im Archiv f. civilistische Praxis. Bd. 83. — Werthauer, Der fiduciarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrecht, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 13.

B. Die fiduciarische Abtretung von Forderungen im gemeinen Recht.

§ 2. Abgrenzung der fiduciarischen gegen ähnliche Rechtsgeschäfte.

Von der fiducia des alten Roms zu den modernen nach ihr benannten Geschäften ist ein weiter Weg. Im Wege der mancipatio oder in iure cessio wird jemandem eine Sache zum Eigentum übertragen. Der Pfandzweck wird erreicht durch das ausserhalb des eigentlichen Mancipationsaktes stehende pactum fiduciae, in welchem sich der Pfandgläubiger verpflichtet, nach Tilgung der Schuld die Sache zurückzuübertragen. Die Lage des Schuldners bei der fiducia cum creditore, um welche es sich hier allein handelt, ist weit unvorteilhafter als die des Gläubigers; denn der Schuldner begiebt sich jedweden dinglichen Anspruchs, er hat das Eigentum dem Gläubiger zu voller Verfügung überlassen und wird nur durch das pactum fiduciae geschützt, aus welchem dann die actio fiduciae entspringt. Oertmann[1]) hat in seinem Werke über die fiducia den Ausspruch gethan, die fiducia ging und nimmer kehrt sie wieder. Oertmann verbessert sich aber selbst bald wieder, indem er auf das Vorhandensein jener grossen Zahl von Geschäften, hervorgegangen aus dem Handels- und Verkehrsbedürfnis, hinweist, in welchem genau derselbe Kern steckt wie in der alten fiducia. Er bemerkt treffend am Schlusse seiner Ausführungen,[2]) dass, während dort dieses Institut seinen Ursprung in der »naiven Ungelenkigkeit des Verkehrs« hat, hier die Rechtsakte entstehen aus dem freien Willen der Parteien heraus. Während die älteste Form des Pfandrechts eine fest geregelte Institution ist, sind diese Geschäfte nicht fest ins Rechtssystem eingefügt und treiben sich heimatlos als Stiefkinder der Mutter ius umher.

---

[1]) Oertmann, Die fiducia, Schlussbetrachtungen.

[2]) Oertmann, a. a. O., S. 257.

Wenn der Gesetzgeber eine Rechtsmaterie unter dem Titel »Kauf« behandelt und damit die Rechtsnormen festsetzen will, unter welchen sich der Austausch von Waren von Hand zu Hand vollziehen soll, so ist er dabei von der guten Absicht geleitet, die wirtschaftlichen Bedürfnisse juristisch erschöpfend zu regeln. Er ist sich dabei aber sehr wohl bewusst, dass es ihm unmöglich ist, anderen Geschäften, welche auch den Kaufzweck erstreben, den Lebensfaden abzuschneiden. Und wenn ich andererseits jemandem einen wertvollen Gegenstand schenken will, die Schenkung aber, um den anderen nicht zu beschämen, in das Gewand eines Kaufgeschäftes kleide und einen ganz minimalen Preis festsetze, so wird der juristische Begriff »Kauf« entstellt durch die in Wahrheit vorliegende Schenkung, und die Inkongruenz zwischen dem thatsächlich vom Gesetzgeber Gewollten und dem Geschehenen ist da. Wenn man nun weiter den Fall setzt, dass diese Schenkung aus irgend welchen Gründen verboten wäre und die Parteien, um dieses Verbot zu umgehen, die Form eines Kaufvertrages gewählt haben, so haben wir eine dritte Gruppe. Wir können also folgende Dreiteilung machen:

I. A. überträgt dem B. eine Sache zum Eigentum mit dem Auftrage, die Sache zu verkaufen. Die Nebenabrede geht dahin, dass entweder der Erlös nach Abzug einer Vergütung dem A. ausgehändigt oder bei missglücktem Verkauf die Sache selbst zurückgegeben werden soll. Die Form der Eigentumsübertragung ist gewollt, um dem B. völlig freie Hand zu lassen, und ist durchaus ernstlich gemeint: auf Umwegen soll jedoch ein Verkauf durch B. als Kommissionair erreicht werden. Es erinnert diese Art, den Verkauf einer Sache zu bewerkstelligen, an den Trödelvertrag — contractus aestimatorius. Hier wird dem Trödler eine Sache zum Verkaufe unter einer Taxe übergeben und dabei vereinbart, dass er die Sache oder die Taxsumme zurückzugeben habe. Der Mehrerlös über die Taxsumme gehört dem Trödler.

Der Trödler wird jedoch der herrschenden Meinung nach nicht Eigentümer der Sache.[1])

II. A. verkauft dem B. ein Bild im Werte von 2000 Mark für 100 Mark. Zweck des Verkaufes ist die an sich erlaubte Schenkung. Diese allein ist gewollt, das Kaufgeschäft ist nur pro forma abgeschlossen.

III. Der reiche katholische Kaufmann A. will dem Kloster zu X. sein dort befindliches Grundstück im Werte von 200 000 Mark schenken. Da er fürchtet, dass die dazu erforderliche königliche Genehmigung verweigert werden könnte, wird ein Kaufvertrag abgeschlossen, ein Kaufpreis von 100 000 Mark festgesetzt und abgemacht, dass auch dieser nicht gezahlt zu werden braucht. Der Kaufkontrakt dient als Maske für die ohne Weiteres nicht erlaubte Schenkung.

Im Falle I ist es als Abart denkbar, dass, obwohl ein durchaus ernstlich gewolltes Geschäft vorliegt, doch durch die Nebenabrede ein unerlaubter Zweck erreicht wird. Dies ist möglich, wenn Eigentum an einer Sache zu Pfandzwecken übertragen wird, die Eigentumsübertragung jedoch durch constitutum possessorium erfolgt, sodass der Schuldner im Besitz der Sache bleibt. Es entsteht hier die Frage, ob nicht ein Verstoss gegen § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung vorliegt. Doch liegt ihre Beantwortung ausserhalb der gestellten Aufgabe.[2])

Im Falle II ist noch hervorzuheben, dass sehr wohl ein Kaufvertrag abgeschlossen werden kann, ohne irgend welche Rechtswirkungen eintreten lassen zu wollen, z. B. um den Anschein in den Augen Dritter zu erwecken, als ob der eine Kontrahent sich in sehr guten Vermögensverhältnissen befinde. Schroff gegenüber steht der Fall I den Fällen unter II und III, und es lässt sich der Gegensatz

---

[1]) Dernburg, II, § 120, insbesondere Anm. 7.

[2]) Dreyer, Das fiduciarische Rechtsgeschäft, Gruhots Beiträge, Bd. 40, S. 452 ff. — Cosack, Lehrbuch des B.G.B. II, § 244 bei Anm. 24.

ganz kurz in die Worte fassen: I ist ernstlich, II und III sind simuliert.

Unger[1]) versteht unter Simulation »eine Erklärung, welche den wahren Inhalt nicht enthält, welcher aber dieser Schein gegeben wird«. Der Vorgang bei einem simulierten Rechtsgeschäft spielt sich demgemäss in der Weise ab, dass die Kontrahenten eine auf Begründung irgend eines Rechtsgeschäftes abzielende Erklärung übereinstimmend abgeben, welche auch nach aussen hin volle Geltung zu haben scheint. Andererseits aber sind sich die Parteien auch darüber einig, dass sie in Wahrheit dieses Geschäft nicht wollen, hier mit dem Unterschiede, dass sie diese Erklärung unter einer Maske abgeben, sodass anderen dieser zweite Konsens verborgen bleibt. So trägt das simulierte Rechtsgeschäft »wie ein Januskopf ein doppeltes Antlitz«.[2]) Man redet bei den simulierten Geschäften von einem Willensmangel. Unter dem Mangel des Willens versteht die deutsche Sprache zweierlei: einmal das gänzliche Fehlen und zweitens die Fehlerhaftigkeit des vorhandenen Willens. Der Wille einer handelnden Person, der sich in einem bestimmten Rechtsgeschäft zeigt, kommt wiederum zum Ausdruck in der Erklärung des Willens, in dem ausgesprochenen Geschäftswillen und zweitens in dem — wenn man so sagen darf — inneren Willen, der mit dem erklärten Willen nicht notwendig übereinzustimmen braucht. Es kann also ein Willensmangel in vierfacher Gestalt vorkommen: als Fehlen des ausgesprochenen Geschäftswillens, Fehlen des inneren Willens, Fehlerhaftigkeit des ausgesprochenen Geschäftswillens und Fehlerhaftigkeit des inneren Willens. Beim simulierten Geschäft fehlt der ausgesprochene Geschäftswille; denn was erklärt ist, ist kein Geschäftsinhalt, und der Inhalt der simulierten Er-

---

[1]) Unger, System des Österr. Allgem. Privatrechts, I, S. 119.

[2]) Werthauer, Der fiduciarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrecht. Grünhuts Zeitschrift, Bd. 13, S. 627.

klärung ist als nicht vorhanden anzusehen.[1]) Während im gewöhnlichen Sprachgebrauch mit dem Begriff der Simulation auch der Begriff des Betruges verbunden zu sein pflegt, braucht ein simuliertes Rechtsgeschäft nicht notwendig eine betrügerische Tendenz zu haben. Den simulierten Geschäften versagt das Recht die Wirksamkeit (l. 55 Dig. 18, 1 de contrahenda emptione), und es fragt sich nur, ob nicht nach Fallen der Hülle ein anderes, das dissimulierte Rechtsgeschäft, zu Tage tritt. Dieses besitzt dann volle Rechtswirksamkeit, wenn die Voraussetzungen zu seiner Gültigkeit gegeben sind. Während unter die bisherige Erörterung der simulierten Geschäfte sowohl Fall II wie III fielen, tritt nunmehr eine Scheidung ein. Im Falle II giebt das dissimulierte Geschäft zu keinem Bedenken Anlass, die Schenkung besteht, und nach den Grundsätzen der Schenkung ist bei einer rechtlichen Geltendmachung zu verfahren. Anders im Falle III. Hier ist die offenbare Absicht der Kontrahenten, einen unerlaubten Zweck auf Umwegen zu erreichen; hier liegt das gewaltige Gebiet der juristischen Schleichwege offen, welches Ihering an der Hand der römischen Rechtsgeschichte in so überaus fesselnder Weise beleuchtet hat.

Kein Gesetzgeber ist im Stande, durch ein einfaches Gebieten oder Verbieten einen gewünschten Erfolg herbeizuführen, ebensowenig, um das Iheringsche Beispiel zu bringen, wie die blosse Schärfe des Schwertes genügt, um zu treffen, und nicht auch der wuchtigste Schlag dadurch, dass der Gegner ihm ausweicht, zu einem blossen Lufthiebe wird. Kaum ist ein Gesetz erlassen, als auch schon Mittel und Wege gefunden sind, um das darin ausgesprochene Verbot zu umgehen. Die vielfachen Beschränkungen des Erbrechts, die lex Falcidia, das Verbot bestimmter Schenkungen, gaben die Veranlassung zu einer Fülle solcher Schleichwege. Die Ehe war vor solchem Treiben nicht sicher: scheinbare Ehescheidungen waren

[1]) cf. hierüber: Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. S. 455 ff.

die Folgen des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten, Scheinehen die Frucht der gefährlichen lex Julia et Papia Poppaea — ein stiller, erbitterter Kampf zwischen Gesetz und menschlicher Schlauheit.[1])

Alle diese »Schleichwege des menschlichen Lebens« sind nicht in den Rahmen unseres Themas eingeschlossen, ebensowenig wie auch alle simulierten Geschäfte. Es bleiben für unsere Betrachtung nur die unter I charakterisierten übrig, welche mit dem vollen Bewusstsein abgeschlossen sind, dass ihre Form dem Zweck zwar nicht entspricht, deren Inhalt aber doch in vollem Ernst aus Gründen der freieren Stellung, Behebung von Formschwierigkeiten u. a. m. so sein soll, wie er thatsächlich ausgedrückt ist, und durch welche kein verbotener Erfolg erreicht werden soll. Das sind die eigentlich fiduciarischen Geschäfte, deren Auseinanderhalten von den simulierten lange Zeit Schwierigkeiten gemacht hat. Seinen Grund wird dies vor allem darin haben, dass sie nicht ins System eingefügt und demzufolge nicht von den Rechtslehrern behandelt worden sind, sondern dass sie einfach vorhanden sind, eine Thatsache, mit der zu rechnen ist, mag man über diesen Typus denken, wie man will.

Die Praxis hat sich früher bei Geschäften fiduciarischer Art für Annahme der Simulation erklärt,[2]) und erst allmählich ist ein langsamer, aber entschiedener Umschwung eingetreten, nachdem man erkannt hatte, dass hier von einem Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung nicht gut die Rede sein könne und dass es eine Entstellung des Begriffes der Simulation bedeute, wenn man darunter »jede Inkongruenz des gewollten materiellen Verhältnisses und der durch den Erklärungsakt begründeten wie gewollten Rechtswirkung« verstehe.[3]) So steht denn die Praxis der

[1]) l. 30 Dig. 23, 2 de ritu nuptiarum. l. un. pr. Cod. 6, 51 de caduris tollendis.

[2]) de Fontenay bei Goldschmidt (Zeitschr. f. Handelsrecht) Bd. 18, S. 68 ff.

[3]) R.O.H.G. VI, S. 10. Seuff. Archiv 27, No. 252.

höchsten Gerichtshöfe jetzt auf dem festen Standpunkt,[1]) dass absolut nicht einzusehen sei, warum man den fiduciarischen Geschäften, wenn auch am letzten Ende der Erfolg ein anderer sein soll, die Ernstlichkeit des erklärten und auch wirklich gewollten Willens absprechen solle. Damit hat Praxis und Theorie die fiduciarischen Rechtsgeschäfte abgegrenzt gegen die simulierten und den Satz ausgesprochen, dass hier erklärter Wille und Wille bezüglich des entstehenden Rechtsverhältnisses durchaus übereinstimmen. Beispiele liefern uns bereits die Quellen. Die l. 13 § 1 Dig. 19,5 de praescr. verbis giebt einen Beweis der Mannigfaltigkeit der Anwendung: es wird zum Zwecke einer Werkverdingung Eigentum übertragen. Auch die lex 91 de solut. 46,3, wo zum Zwecke der Schuldaufhebung eine Expromission vorgenommen wird, sowie die von Gaius (III, 110, 111, 215, 216) geschilderte adstipulatio gehören hierher. In der lex 91 (Dig. 46,3) ist das fiduciarische Element in der Übernahme der Schuldnerrolle von Seiten der Expromittenten zu finden. Im deutschen Recht finden sich gleichfalls Analogieen; erwähnt sei der Treuhänder oder Salmann: diesem wird vom Erblasser Eigentum an einzelnen Sachen übertragen mit der Verpflichtung, diese dem Erben herauszugeben. Hieraus hat sich später das Institut der Testamentsvollstreckung entwickelt. Im Art. 1026 des code civil heisst es: il (le testateur) pouvra leur (d. h. den Testamentsexekutoren) donner la saisine du tout ou seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer audelà de l'an et jour à compter de son décès. Für unsere moderne Zeit sind bereits oben Beispiele, die natürlich beliebig modificiert werden können, gegeben. Unsere Aufgabe ist es, sich speciell mit derjenigen Gattung der fiduciarischen Rechtsgeschäfte zu befassen, welche die Abtretung von Forderungen zur Basis hat, und hier treten vor allem zwei im

[1]) cf. R.O.H.G. III, S. 435; R.G. Bd. 24, S. 162; R.G. Bd. 32, S. 220; Gruchots Beiträge, Bd. 37, S. 969.

Verkehr so überaus häufige Erscheinungen hervor, deren genaue Betrachtung sich wohl der Mühe verlohnt.

Es ist dies

1. die Abtretung von Forderungen zu Pfandzwecken (cessio in securitatem),
2. die Abtretung von Forderungen zu Inkassozwecken.

Auch die Fälle des Wechselrechts sollen ihre Berücksichtigung finden.

§ 3. Der abstrakte Charakter der Cession als Existenzbedingung der fiduciarischen Abtretung.

In einer Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart aus dem Jahre 1866[1]) heisst es:

»Die Cession ist kein für sich bestehendes Rechtsgeschäft, sondern sie bildet, wie die Tradition einer körperlichen Sache, nur die Vollziehung eines Rechtsgeschäftes, welches darauf gerichtet ist, die Forderung selbst von dem Cedenten auf den Cessionar zu übertragen. Die rechtliche Gültigkeit einer Cession hängt daher von dem Rechtsbestande des Geschäftes oder Übertragungsgrundes ab, in Gemässheit dessen sie erfolgt ist; als ein zulässiger Abtretungsgrund kann nur ein solcher angesehen werden, welcher nach den Bestimmungen des bestehenden Rechts geeignet ist, eine Vermögensveräusserung zu ermitteln, wie Kauf, Tausch, wogegen in der blossen Absicht der Sicherstellung oder in der Ermächtigung des Cessionars die Forderung für sich oder für den Cedenten einzuziehen, ein gültiger Cessionstitel nicht zu finden ist.«

Hier wird also klar und deutlich die Meinung ausgesprochen, dass zur Rechtsgültigkeit einer Cession zwei selbständige Faktoren erforderlich sind, einmal der Abtretungsakt, dann aber auch ein Rechtsgeschäft, auf Grund dessen ein Übergang der Forderung aus einem Vermögen in das andere erfolgen kann, mit anderen Worten, es wird

[1]) Seufferts Archiv, Bd. 24, No. 27.

der theoretische Satz ausgesprochen, dass die Abtretung abhängig ist von ihrem Rechtsgrunde, also ein kausales und kein abstraktes Rechtsgeschäft ist. Wenn nun aber — und das ist für unsere Betrachtung die Konsequenz — z. B. die Absicht der Sicherstellung nicht als ein ausreichender Rechtsgrund anzusehen ist, so ist auch eine cessio in securitatem in der Konstruktion, wie sie bisher angedeutet worden ist, rechtlich undenkbar. Unter der Herrschaft der kausalen Cessionstheorie ist die Existenz der fiduciarischen Abtretung von Forderungen vernichtet.

Hinsichtlich des Erfordernisses einer custa causa bei der Cession fehlt es an Quellenentscheidungen, welche diese Frage behandeln, und man wird hier als Analogie die Tradition heranziehen müssen. So stellt Baehr die Tradition, Stipulation und Cession zusammen, und spricht auch von einem Eigentum an der Forderung, welches durch die Cession übergeht.[1]) In der That ist der enge Zusammenhang zwischen Tradition und Cession von jeher betont worden (cf. die Glosse zu c. 5 Cod. 4, 15 quando fiscus vel privatus, sowie Donellus IV. c. 449/450). Der Kampf um die Frage, ob die Tradition im gemeinen Rechte abstrakter oder causaler Natur sei, ist von der herrschenden Meinung zu Gunsten der abstrakten Theorie entschieden worden.[2]) Angesichts der überaus gründlichen Behandlung des Streitgegenstandes könnte vielleicht über diesen Punkt hier zur Tagesordnung übergegangen werden, wenn man nicht sagen müsste, dass die gegenteilige Ansicht eine willkommene Handhabe ist, um den fiduciarischen Geschäften das Lebenslicht auszublasen. In der That ist denn auch der Kampf von der Gegenpartei noch durchaus

[1]) Baehr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 31. — Baehr in Iherings Jahrbüchern, Bd. I, S. 395.

[2]) So für die Tradition: Savigny, Obligationenrecht II, S. 256 ff., Puchta, Vorlesungen I, S. 335, 336, Windscheid, I § 171 Note 5. — Für die Cession: Baehr, Anerkennung, S. 31, Dernburg II § 49, Salpius, Noration und Delegation, S. 418, Anm. 1, Arndts § 255, Seufferts Archiv 13 No. 18 u. 90, 33 No. 108.

nicht aufgegeben, und vor nicht allzulanger Zeit ist Strohal[1]) ganz energisch für die kausale Natur der Tradition und Cession eingetreten, indem er den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das die entgegengesetzte Ansicht angenommen hat, scharf angreift. Strohal vertritt hierin seinen Standpunkt, doch muss jeder Streit gegenüber den positiven Bestimmungen des Gesetzbuches als beendigt gelten. Nur wo solche fehlen, im gemeinen Recht, kann er seiner Ansicht Geltung zu verschaffen suchen. Bei dieser Gelegenheit spricht er indirekt auch den fiduciarischen Rechtsgeschäften die Existenzberechtigung ab, und es wird sich aus diesem Grunde verlohnen, in aller Kürze den wesentlichsten Inhalt der Streitfrage zu rekapitulieren.

Je nachdem die Rechtsgeschäfte von ihrem Rechtsgrunde, der causa, losgelöst sind oder nicht, unterscheidet man abstrakte uud kausale (konkrete) Rechtsgeschäfte. Man kann von einer solchen Einteilung nur sprechen bei Willenserklärungen, welche »ein Vermögensopfer enthalten.[2])«

Auch die Römer kannten den Unterschied, wenn sich auch in den Quellen keine technische Bezeichnung findet.[3]) Ein Beispiel für ein abstraktes Rechtsgeschäft im römischen Recht ist die stipulatio, im modernen Recht die Auflassung, während z. B. beim Kaufvertrag das Versprechen nicht wie bei der stipulatio bloss dahin geht, zu zahlen, sondern vielmehr den Preis für die gelieferte Waare zu entrichten. Leonhard definiert hier abstrakt als von der Erwähnung des Entgelts losgelöst. Es giebt aber auch noch eine zweite Bedeutung des abstrakten Rechtsgeschäftes. Bei seiner Vollziehung wird eine causa nicht erwähnt, doch hängt seine Gültigkeit ab von einem früheren Rechtsgeschäft, das zu seiner Vorbereitung diente und das man als causa praecedens bezeichnen kann. Ein abstraktes Geschäft dieser Art ist nach lex 31 Dig. 41, 1 die Tradition.

---

[1]) Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft in Iherings Jahrbüchern, Bd. 27, S. 412.

[2]) Leonhard, a. a. O., S. 264.

[3]) Jörs bei Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 100.

Es heisst dort: nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Derselbe Gedanke kommt bei Gaius II, 20 zum Ausdruck.

Hier wird also zur Gültigkeit der Traditon eine iusta causa verlangt; ist eine solche nicht vorhanden, so ist auch die Tradition unwirksam. Bei einem Geschäft dieser Art ist eine fiduciarische Abrede nur zulässig, wenn die iusta causa gewahrt bleibt, d. h. wenn es das Gesetz erlaubt. Bei einem rein abstrakten Geschäft ist sie natürlich ohne weiteres gestattet. Für unsere Betrachtung kommt es demnach lediglich darauf an, ob die Tradition im gemeinen Recht abstrakter Natur ist oder ob sie in ihrer Wirksamkeit von einer bestimmten causa praecedens abhängig ist. Ist dieses letztere der Fall, so müsste untersucht werden, ob die fiduciarische Nebenabrede nicht nach dem Gesetz die Gültigkeit der Tradition beeinflusst. Es heisst in lex 9 § 3 Dig. 41, 1: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Die herrschende Meinung hat diese Stelle mit lex 31 Dig. 41, 1 sinngemäss zu vereinigen gewusst, und als Dogma gilt der Ausspruch Savigny's:[1]) »Die wahre Bedeutung der iusta causa ist eben das Kennzeichen für den Übereignungswillen . . . Die Tradition überträgt das Eigentum durch den übereinstimmenden Willen beider handelnden Personen, ohne diesen Willen aber nicht.« Es ist im gemeinen Recht nicht mehr davon die Rede, nur bestimmte Erwerbsgründe als iusta causa für die Tradition hinzustellen, vielmehr ist eine iusta causa für die Gültigkeit der Tradition nicht erforderlich, und die Tradition ist abstrakt geworden.[2]) Es

[1]) Savigny, Obligationenrecht II, S. 256 ff.

[2]) Jörs, a. a. O., S. 109 giebt zu, dass man im gemeinen Recht allmählich jedes die Übertragung bezweckende Geschäft als iusta causa ansah, hält es aber für zweifelhaft, ob die Tradition abstrakt ist. Leonhard, Institutionen S. 273, verlangt zur Gültigkeit der Tra-

hat aber diese Lehre auch vielfach zu Missverständnissen geführt, wie beispielsweise aus den Ausführungen Francke's hervorgeht.[1]) Francke behauptet, dass auch dann, wenn ich jemanden, dem ich Geld zu schulden glaube, bezahle und dieser annimmt, obwohl er genau weiss, dass er nichts zu bekommen hat, das Eigentum übergeht.[2]) Das Hauptargument Francke's ist folgendes: Da das Eigentum durch den übereinstimmenden Willen der Parteien übergeht, hier aber sowohl der Zahlende den Willen hatte, Eigentum zu übertragen, als auch der Empfänger Eigentum erwerben wollte, so ist in Wahrheit Eigentum übergegangen. Wenn dagegen der Zahlende jemandem in der Meinung, dieser sei Gläubiger, zahle, so wollte er diesem das Eigentum nicht übertragen, sondern einem Andern. Dann ist Eigentum nicht übergegangen, und es liegt ein furtum vor. Dieser Ansicht scheint auch Warnkönig beizupflichten,[3]) wenn er es bedauert, »dass der unschuldige Geber einer Sache sein Eigentum verliert, weil er zur Tradition rechtlich verpflichtet sich glaubte, ohne Grund, während der Empfänger in mala fide gewesen sein kann.« Indessen darf die abstrakte Natur der Tradition nicht ungebührlich ausgedehnt werden. Die Tradition vermittelt den Eigentumsübergang, wenn beide Parteien diesen Willen hatten; zur Interpretation dieses Willens wird in der Regel das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft dienen. Wenn aber der Erwerber die Nichtigkeit der causa erkannte, so war er schon deshalb nicht im Stande Eigentum zu erwerben, weil er auf Grund dieser Kenntnis nur als fur erwerben konnte. Dies wird durch die Quellen bestätigt. Die l. 18 Dig. 13,1 de cond. furtiva lautet: quoniam furtum sit, num quis indebitos nummos sciens acceperit. Etwas schief erscheint mir diesmal

dition nur eine rechtlich anerkannte beiderseitige Absicht, nicht aber die Gültigkeit des Geschäfts, in der sie zu Tage tritt.

[1]) Franke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, 4. Abhandl., S. 95.

[2]) cf. auch Lauterbach, Collegium Pandectarum I Lib. XII Tit VI S. 729 XXII; Pothier IV S. 326 XXIII.

[3]) Warnkönig, Bemerkungen über den Begriff der iusta causa bei der Tradition, im Archiv f. d. civil. Paxis, Bd. 6, S. 118.

die Ausdrucksweise Windscheids:[1]) »Es geht dann kein Eigentum über, wenn ein furtum vorliegt, welches auch dort die Eigentumsübertragung ausschliesst, wo sonst kein Hinderungsgrund vorliegt.« Man könnte vielleicht eher sagen: Aus der l. 18 folgt, dass, wenn der Empfänger die Nichtigkeit der causa kannte, das Eigentum nicht übergeht[2]) (cf. auch l. 18 a. E. Dig. 46, 3 und l. 38 § 1 Dig. h. t.).

Es ist in der Darstellung speciell dieser Fall herausgegriffen worden, um zu zeigen, dass die Quellen selbst die Handhabe bieten, um Auswüchsen der abstrakten Theorie vorzubeugen. Man darf also nicht etwa argumentieren, dass, weil Trugschlüsse möglich und schädlich sind, auch die ganze Theorie falsch ist und ihren Grund nur in einer falschen Auffassung der Quellen hat. Solange es Strohal nur darauf ankommt, den falschen Konsequenzen der Theorie zu begegnen, wird man ihm beipflichten müssen, und es liegt hier kein Grund vor, auch bei etwa abweichender Meinung ihm in dieser Abhandlung entgegenzutreten. Wenn er jedoch stricte zum Eigentumsübergang das Erfordernis der iusta causa verlangt, so ist ihm hier energisch zu widersprechen. Er bemüht sich, seine Ansicht direkt aus den Quellen zu beweisen und sucht dabei die ihm entgegenstehende l. 36 Dig. 14, 1 de acqu. rer. dom. wegzuinterpretieren, indem er sie für interpoliert erklärt, ein Mittel, welches immer als recht gefährlich bezeichnet werden muss. Aber es liegt ja absolut keine Veranlassung vór, solche Mittel anzuwenden und von der herrschenden Meinung überhaupt abzuweichen. Es würde u. E. sehr bedauerlich sein, wenn die Quellen wirklich unbedingt die iusta causa verlangten, was sie aber gar nicht thun.[3]) Im Gegenteil. Es liegt durchaus im Geiste

[1]) Windscheid I, 3. Aufl., § 76, Anm. 6 (nicht in den späteren Auflagen).

[2]) Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 334 ff.

[3]) Lenel in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, Bd. III, S. 114 f.

des römischen Privatrechts, welches stets dem Willen der Parteien die höchste Stellung eingeräumt hat, es entspricht durchaus der naturalis aequitus, wenn die voluntas dominii transferendi et accipiendi genügt, um das Eigentum zu übertragen. Nirgends in den Quellen findet sich eine so enge Beschränkung, dass nur ganz bestimmte Rechtsgeschäfte wie z. B. der Kauf als Unterlage für den Eigentumsübergang dienen sollen. Es ist ja richtig, dass der Wille sehr oft zweifelhaft erscheinen kann. Aber darum — und in diesem Punkte gipfeln unsere Ausführungen — wird man den thatsächlich vorhandenen Willen der Parteien, welche aus bestimmten Gründen Eigentum oder das Gläubigerrecht übertragen wollen, rechtlich nicht eliminieren und die ihm gebührende Wirkung versagen können. Darum ist es unrichtig, wenn Strohal sagt, »dass eine nach der Auffassung der Rechtsordnung zur Rechtfertigung des Eigentumsübergangs ungeeignete causa diesen selbst dann hindert, wenn die Parteien den Eigentumsübertragungs- und Übernahmewillen ausdrücklich deklarieren.[1]) Das steht einmal nicht in den Quellen und widerspricht zudem dem geistigen Gehalt des römischen Rechts.

Die Konsequenzen aus dem Gesagten für unsern Fall hat treffend Regelsberger gezogen, wenn er sagt: »Da der praktische Zweck dem Thatbestand des Rechtsgeschäfts nicht angehört, so ist die Gültigkeit des fiduciarischen Geschäfts in dem seiner Gattung zukommenden Umfange nicht zu bezweifeln.« Es kann somit das im Anfange des Paragraphen geäusserte Bedenken, welches in der Entscheidung des Stuttgarter Obertribunals zum Ausdruck gebracht ist, als vollständig beseitigt gelten.

§ 4. Die verschiedenen Theorieen.

Die Thatsache, dass die fiduciarischen Rechtsgeschäfte gesetzlich nicht geregelt sind, hat naturgemäss zu verschiedenen Konstruktionsversuchen geführt, welche sich in

[1]) Strohal, a. a. O., S. 383.

erster Reihe auf die Summe aller fiduciarischen Geschäfte beziehen, also notwendig auch die Abtretung von Forderungen einschliessen.

Dernburg[1]) meint, dass bei den fiduciarischen Geschäften das Verhältnis nach aussen und innen verschieden sei. »Wir geben dem Fiduciar nach aussen hin die Stellung eines Eigentümers unserer Sache oder des Gläubigers unserer Forderung und verschaffen ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung unseres Rechts. Nach innen aber bleibt der Fiduciar blosser Bevollmächtigter; die Sache bezw. die Forderung ist für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde.[2])« Hierzu merkt Dernburg an, dass diese Konstruktion nicht dem römischen Recht angehöre, sendern sich im heutigen Recht ausgebildet habe. Diese Bemerkung ist richtig insofern, als wir thatsächlich in den Quellen eine derartige Konstruktion nicht finden. Aber auch im heutigen Recht ist eine Verschiedenheit des Eigentumsbegriffes im Verhältnis nach innen und nach aussen undenkbar. Denn wenn Dernburg einerseits zugiebt, dass Eigentum übertragen worden und Dritten gegenüber vollkommen wirksam ist, leugnet er dieses Verhältnis dem Tradenten (Cedenten) gegenüber. Ein derartiges relatives Eigentum bezeichnet Lang[3]) als eine juristische Unmöglichkeit; wer Eigentümer oder Gläubiger ist, ist es gegen jedermann. Konsequenterweise müsste dann dem Cedenten eine Klage aus der Vollmacht zustehen, ja der seine Vertrauensstellung missbrauchende Fiduciar wäre sogar strafrechtlich verfolgbar; denn er hat die Forderung, die für ihn im Verhältnis zu seinem Vollmachtgeber eine fremde war, zu eigenen Zwecken gebraucht.[4]) Mit Unrecht aber sucht Dernburg seine Ansicht

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 236 (cf. auch § 213).

[2]) Dernburg I, S. 236 Anm. 9 (cf. auch Entsch. des II. Civilsenats des R.G. bei Gruchot 37 S. 969 u. A.).

[3]) Lang, Die Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte. Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 83, S. 343/44.

[4]) Werthauer, a. a. O., S. 660, will den Fiduciar (Indossatar) wegen Untreue R.St.G.B. § 266 bestraft wissen. Auch dies lässt sich u. E. nicht halten.

durch Berufung auf eine Reichsgerichtsentscheidung[1]) zu erhärten. Dort ist deutlich von der simulierten Cession eines Hypothekeninstrumentes die Rede, welches der Cessionar unterschlagen hat.

Nach alledem entbehrt die Dernburgsche Theorie der juristischen Schärfe. Es könnte fernerhin daran gedacht werden, dass z. B. bei der Sekuritätscession mit der mündlichen Abrede »nur zum Zwecke der Verpfändung« der Cession eine Bedingung, Suspensiv- oder Resolutivbedingung, beigefügt sei. Wäre die Bedingung eine suspensive, so würde das Eigentum erst mit der Nichtzahlung der gesicherten Forderung übergehen, wäre sie resolutiv, so würde das Eigentum sofort übergehen; wird die Schuld getilgt, so lebt infolge der dinglichen Wirkung der frühere Zustand wieder auf. Indessen erscheint diese Annahme als eine vage, und sie verdiente vielleicht auch nicht besonders hervorgehoben zu werden, wenn nicht in einer Entscheidung des IV. Civilsenats des Reichsgerichts[2]) (es handelt sich um preussisches Recht) eine Möglichkeit dieser Konstruktion zu finden wäre. Dort ist davon die Rede, dass jemand auf Zahlung einer ihm cedierten Grundschuld klagt, späterhin aber zugiebt, dass diese Cession nur zum Zwecke der Sicherung einer andern Forderung erfolgt ist. Der Richter der ersten Instanz nimmt darauf an, dass bloss eine Verpfändung stattgefunden hat, ebenso das Kollegium der Berufungsinstanz, in der Revision aber wird das Geschäft für eine Sicherheitscession erklärt, jedoch hinzugefügt, dass »durch eine solche nicht das unbedingte Eigentum auf den Gläubiger übergehe und es ein Irrtum sei, wenn der Kläger die ihm zur Sicherung cedierte Grundschuld als sein Eigentum bezeichne.« Es sei hierbei erwähnt, dass der Ausdruck »Eigentum an der Forderung« mit der preussischen Gesetzessprache zusammenhängt. Das A.L.R. (I, 8 § 1)

[1]) R.G. in Strafsachen III. S. 344 ff.

[2]) Gruchot, Bd. 27, S. 1087 ff.

bezeichnet das volle Verfügungsrecht über eine Forderung als Eigentum an derselben. Offenbar nimmt man also hier die Hinzufügung einer Bedingung an. Skonietzki[1]) erwähnt überhaupt nur die bedingte Eigentumsübertragung zur Sicherung und kennt nur bei Verwendung der Grundschuld, des Inhaberpapiers oder des Wechsels zu Sicherungszwecken das der fiducia gleichartige Institut.[2]) Dieser Standpunkt ist jedoch zu wenig umfassend, und wir finden auch in einer Reichsgerichtsentscheidung vom 4. Dezember 1886[3]) deutlich unterschieden die resolutiv bedingte Eigentumsübertragung, bei der bei Eintritt der Bedingung das Eigentum ipso iure zurückfällt, und die wirkliche fiduciarische. Was von der Eigentumsübertragung gilt, gilt natürlich auch analog von der Cession von Forderungen.[4]) Neuere Schriftsteller haben auch stets deutlich diesen Unterschied hervorgehoben, und es wird von einer wirklichen Bedingung stets nur dann zu sprechen sein, wenn sie klar und deutlich dem Vertrage (Tradition, Cession) beigefügt ist.[5])

Erst ganz neuerdings hat der Reichsgerichtsrat Dreyer eine Theorie der fiduciarischen Rechtsgeschäfte aufgestellt, welche (soweit bekannt) eine ausführliche Erörterung noch nirgends gefunden hat;[6]) eine solche erscheint auch durch die Ausführungen früherer Schriftsteller, die auch auf die Dreyersche Theorie passen, vielleicht überflüssig. Dreyer ist die Bezeichnung »fiduciarisch« nicht sympathisch. Wenn

---

[1]) Skonietzki, Sicherstellende Rechtsverhältnisse, Gruchots Beitr., Bd. 27, S. 514 f.

[2]) Anm. 37 a. E.

[3]) Jurist. Wochenschrift, 1887, S. 21, No. 31. — Gruchot, Bd. 31' S. 399.

[4]) Hellwig. Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Archiv f. civil. Praxis, Bd. 64, S. 391.

[5]) Leist, a. a. O. S. 12. — Bütow, Die Sicherungsübereignungen. Göttinger Inaug.-Diss., 1894, § 2, S. 6.

[6]) Dreyer, a. a. O. S. 233 ff. — cf. nur Müller, Forderungspfandrecht und Sicherheitscession. Erlang. Inaug.-Diss., 1897, S. 22.

er es auch nicht ganz deutlich ausspricht, so unterscheidet er doch offenbar zwei Kategorieen. Einmal giebt es Rechtsgeschäfte, bei denen man einem andern zu dessen Gunsten ein Eigentums- oder Forderungsrecht überträgt, also namentlich, um ihn zu sichern. Vornan steht hier das ernstlich gewollte Bestreben, dem Kontrahenten etwas zuzuwenden; er wird in der That Eigentümer, Gläubiger und übt eigenes Recht aus. Neben diesem Geschäfte nun besteht noch ein pactum, nennen wir es de reddendo, welches aber mit dem alten pactum fiduciae nichts gemein hat.

Ganz anders sind diejenigen Rechtsgeschäfte, bei welchen man in eigenem Interesse einer anderen Person das Gläubigerrecht verschafft, also z. B. zu Inkasso- oder Depositalzwecken. Wenn auch hier die Rechtslage nach aussen hin so geschaffen wird, als wäre der Cessionar Gläubiger, so wird doch in Wahrheit nur fremdes Recht, wenn auch in eigenem Namen ausgeübt. In der Regel ist der eigentliche Vertrag der in der Nebenabrede enthaltene, und das Formalgeschäft, die Cession, dient nur zur Legitimation des Cessionars zur Klage in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung. So sind auch Dritte berechtigt, aus dem wahren Sachverhalte Rechte, Klagen und Einreden herzuleiten. Die fiducia des römischen Rechts existiert nicht mehr, sie hat auch bei der Cession keine Bedeutung.

In den Dreyerschen Ausführungen ist zweifellos ein ganz vortrefflicher Kern vorhanden. Er hat, wie sich auch bei seiner Behandlung der entstehenden Streitfragen zeigen wird, scharf erkannt, zu welchen Konsequenzen die starre Betonung des Überganges des Eigentums oder Gläubigerrechtes in wirtschaftlicher Hinsicht führt, und praktisch sind seine Ausführungen sicherlich am passendsten. Seine Abhandlung, deren Verständnis u. E. leider durch eine gewisse Unübersichtlichkeit erschwert wird, entbehrt jedoch der juristischen Schärfe. Dreyer scheut sich zunächst, die auch von ihm anerkannten ernstlich gewollten Verträge mit Nebenvertrag als fiduciarische zu bezeichnen, und

spricht dem Nebenvertrage die Ähnlichkeit mit dem pactum fiduciae ab. Dies erscheint nicht einleuchtend, wenn es ja vielleicht merkwürdig berührt, an eine fiducia im heutigen Rechte zu glauben, weil man dabei stets an einen unentwickelten Rechtszustand denken muss. Doch ist dieses Bedenken nur ein äusserliches, da Dreyer in der Sache selbst hier mit der herrschenden Lehre zusammenkommt. Anders steht es mit der zweiten Gruppe, der Geschäfte in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung; denn hier wird man Dreyer dasselbe wie Dernburg entgegenhalten müssen. Auch bei ihm wird man sagen müssen, dass er einen Begriff einführt, der sich juristisch nicht erklären lässt. So gern man auch seinen Ausführungen folgen möchte, man wird doch in erster Linie mit dem Vorhandensein einer Cession rechnen müssen. Aber man begreift es nicht und Dreyer versucht es auch nicht, zu entwickeln, wie einerseits eine Cession vorliegen und andererseits deren Wirkung nicht eintreten soll. Hier besteht zwar eine Unsicherheit, doch ist hier gerade der Punkt, wo sich die Dreyerschen Ausführungen fortspinnen lassen. (s. u. § 8.)

Die herrschende Lehre kennt keinen hervorstechenden Unterschied in den verschiedenen Arten der Abtretung von Forderungen. Scharf und präzis wird sie in wenigen Worten durch Regelsberger charakterisiert:[1])

»Die der Gattung des Geschäfts entsprechende Rechts-
»wirkung entspringt ungeschmälert. Der Fiduciar wird
»Forderungsgläubiger. Er erhält eine rechtliche Macht,
»die er zu nicht beabsichtigten Zwecken missbrauchen
»kann. Der Rechtsüberträger setzt in ihn das Vertrauen,
»dass er dies nicht thun werde. Über eine obligatorische
»Verpflichtung des Fiduciars geht die rechtliche Siche-
»rung gegen Missbrauch nicht hinaus. Die Verfügung,
»die der Fiduciar verabredungswidrig trifft, ist gültig
»und macht ihn nur dem geschädigten Rechtsüberträger
»ersatzpflichtig.«

[1]) Regelsberger, Pandekten I, S. 518.

Es wird damit behauptet, dass ein der alten fiducia ähnliches Institut auch im neuen Recht bestehe; das Reichsgericht selbst erinnert bei Besprechung der cessio in securitatem an die fiducia,[1]) und Hellwig setzt die beiden Geschäfte völlig gleich. Speciell bei der cessio in securitatem wird man sich um der grossen Ähnlichkeit mit dem pignus nominis willen nicht verleiten lassen dürfen, anzunehmen, dass thatsächlich nur ein solches vorliege. Einige Bemerkungen werden der Gründlichkeit halber hier am Platze sein.

Die Ähnlichkeit, welche zwischen Cession und pignus nominis besteht, ist oft und gründlich erörtert worden. Sie kommt vor allem zum Ausdruck in der Cessionstheorie des pignus nominis. Die grosse Schwierigkeit, das pignus nominis juristisch zu konstruieren, zumal die Quellen nur geringen Aufschluss geben, hat zu einer ganzen Reihe von Theorieen geführt.[2]) Es ist hier nicht der Ort, die Haltbarkeit der einzelnen Ansichten zu prüfen (B.G.B. z. B. lehnt die Cessionstheorie ab, Motive III S. 860, 1), doch sei hervorgehoben, dass mehrere Theorieen bestehen, welche das Forderungspfandrecht als eine Cession zu Pfandzwecken auffassen.[3]) Sie beruhen namentlich auch auf historischer Grundlage, denn durch die Forschungen von Salpius[4]) ist es erwiesen, dass das pignus nominis den Übergang zu der Cession des nachklassischen Rechts bildete. Das römische Recht kannte eine Verpfändung von Forderungen noch nicht; jedoch der wachsende Verkehr erheischte als dringendes Bedürfnis einen Schutz für das Forderungspfand, und so entschloss sich der Prätor zur Gewährung eines Rechtsmittels in Gestalt einer actio utilis, die er dem Forderungspfandgläubiger gab (l. 18 pr. Dig. 13, 7 de pign. art.). Aus dieser actio utilis hat sich dann die actio utilis

[1]) R.G. II, S. 170, Anm. 1.

[2]) Kleiner, Die rechtliche Natur des pignus nominis. Breslauer Inaug.-Diss., 1895, S. 48 ff.

[3]) Kleiner, a. a. O. S. 52.

[4]) Salpius, a. a. O. S. 406 ff.

des Cessionars und das ganze in den Quellen der Justianeischen Zeit mit dem Namen Cession bezeichnete Institut herausgebildet. Dieser enge Zusammenhang kehrt denn auch in den Theorieen des pignus nominis wieder. Dernburg, der Schöpfer der Theorie von der »beschränkten Cession« definiert die Forderungsverpfändung ihrer juristischen Form nach

»als eine eigene Spezies der Cession der Forderung, bei »welcher die Befugnisse des Cessionars den Zwecken »des Pfandrechts gemäss beschränkt sind; sodass sie mit »der Tilgung der versicherten Forderung erlöschen.«[1])

In Konsequenz dieses Satzes finden wir z. B. eine Entscheidung,[2]) in der es nicht als Klageänderung angesehen wird, wenn man seinen Anspruch zunächst auf Cession, dann aber auf Verpfändung stützt. Denn, so argumentiert wohl das Gericht, die Cession ist eine erweiterte Verpfändung und erfasst daher diese mit. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, mutet die cessio in securitatem fast wie eine Illustration der erwähnten Theorie an: eine Cession zu Pfandzwecken, ein Pfandvertrag in Cessionsform. Beim pignus nominis bleibt jedoch der Verpfänder Eigentümer und begiebt sich nur seines Dispositionsrechtes, der Pfandgläubiger hat das ius exigendi, wenn die verpfändete Forderung fällig wird, und auch das ius distrahendi, obwohl dies heftig bestritten wird.[3]) Ganz anders bei der cessio in securitatem: hier wird dem Cessionar das Gläubigerrecht uneingeschränkt übertragen, und er kann, wenn er will, jeden beliebigen Gebrauch davon machen. Der Pfandzweck wird durch das pactum erreicht, welches einen nicht beabsichtigten Gebrauch der Vertrauensstellung hindern soll, und natürlich jeden möglichen Inhalt haben kann: in der Regel wird es den Inhalt eines Pfand-

[1]) Dernburg, Pfandrecht I, S. 462; Pand. I, S. 718.

[2]) Pfeiffer, Praktische Ausführungen, Bd. 7, S. 14.

[3]) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. 164 ff. — Skonietzky, a. a. O. S. 431.

vertrages haben und nach Analogie eines solchen zu behandeln sein. Der Fiduciar hat demnach das Recht, nach Fälligkeit der Forderung gegen den Cedenten die ihm cedierte Forderung einzuziehen oder sonst über sie zu verfügen, und die Pflicht, die etwa entstehende Hyperocha herauszugeben. Kraft seiner Gläubigerstellung kann er sich natürlich auf alle mögliche Weise befriedigen, z. B. auch die Forderung weitercedieren. Wird jedoch die gesicherte Schuld anderweitig getilgt, so fällt die cedierte Forderung nicht von selbst an den Cedenten zurück (denn es liegt ja kein Pfandvertrag vor), wohl aber muss der Fiduciar nunmehr die Forderung zurückübertragen (wie bei der fiducia die Sache zurückübereignet werden muss). Dies erscheint als die richtige Auslegung des Nebenvertrages, der der cessio in securitatem charakteristisch ist. Das Reichsgericht[1]) nimmt dies gleichfalls an, indem es ein wesentliches Moment der Sicherheitscession darin erblickt, dass der Cessionar verpflichtet ist, falls Schuldner vor Fälligkeit bezahlt, die Forderung zurückzuübertragen. Auch das Oberappellationsgericht zu Rostock[2]) interpretiert die Klausel »zur Sicherung« oder »zum Zwecke der Verpfändung« dahin, dass der Cessionar hinsichtlich der Ausübung des ihm übertragenen Rechts beschränkt sein soll, indem er verpflichtet sei:

1. vor Fälligkeit der Schuld überhaupt über die Forderung nicht zu verfügen und sie nach ordnungsgemässer Tilgung der Schuld zurückzuerstatten;
2. bei Nichterfüllung sich zu befriedigen und den etwaigen Mehrbetrag herauszugeben.

Bei der Cession und dem Indossament zu Inkassozwecken besagt die Nebenabrede, dass der Gläubiger nach Einziehung das Geld unter oder ohne Abziehung einer Provision dem Cedenten zu erstatten hat. Beim Dépôtwechsel endlich ist der Gläubiger fiduciarisch gehalten, bis

[1]) R.G. 24, S. 45, S. 163. — cf. Leist, a. a. O. S. 85.
[2]) Buddes Entscheidungen, Bd. 6, S. 146.

Fälligkeit der Schuld von dem Wechsel überhaupt keinen Gebrauch zu machen. In allen diesen in den Kreis unserer Betrachtungen gezogenen Fällen sind zwei Thesen der herrschenden Lehre als unanfechtbar aufzustellen:

1. Der Fiduciar wird Gläubiger.
2. Das pactum, welches jede beliebige erlaubte Verabredung enthalten kann, wirkt nur obligatorisch zwischen den Kontrahenten.

Diese Sätze, logisch unangreifbar, sollen im Folgenden auf ihre praktischen Konsequenzen hin untersucht werden.

§ 5. Streitfragen.

Bleiben wir bei einem der oben gewählten Beispiele. Müller schuldet dem Schulze 300 Mark, zahlbar am 1. März 1901, erhält jedoch Stundung bis zum 1. Januar 1902. Er cediert in securitatem schriftlich[1]) dem Schulze eine Forderung von 500 Mark, die ihm gegen Lehmann zusteht. Schulze jedoch, ohne sich an die mündliche Nebenabrede zu kehren, cediert die Forderung weiter an Lorenz, der die 500 Mark demnächst von Lehmann einzieht. Dass Müller gegen Schulze aus dem pactum fiduciae oder mit einer condictio klagen kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Es entsteht die Frage, ob er auch gegen Lorenz Ansprüche geltend machen kann, und es ist hierbei wiederum zu unterscheiden, ob letzterer gutgläubig gewesen ist, d. h. die Nebenabrede gekannt hat oder nicht. Ist Lorenz gutgläubig gewesen, so kann die Beantwortung der Frage nicht zweifelhaft sein. Sie muss lauten: Es stehen dem Müller gar keine Forderungen zu. Für die fiduciarische Cession gelten die gewöhnlichen Regeln der Cession, modificiert durch das pactum fiduciae. Da dieses aber nur

[1]) Erwähnt sei hier die Bemerkung Regelsbergers im Archiv Bd. 63, S. 172 gelegentlich der Besprechung der fiduciarischen Cession: „Von diesem Standpunkt aus fällt auch auf die viel behandelte Frage über die Gültigkeit mündlicher Nebenverabredungen bei schriftlicher Vertragserrichtung ein neues Licht."

obligatorisch wirkt, so ist zu sagen: der Cessionar hat (und dies hat das Reichsgericht betont) das volle Verfügungsrecht ohne jede Einschränkung erhalten; er darf daher die Forderung auch weiter cedieren und überträgt dadurch die vollen Gläubigerrechte. Diese hat Lorenz ausgeübt und die 500 Mark von Lehmann eingezogen. Somit steht Müller gegen Lorenz keine Klage zu. Ja, selbst wenn man ein Verfügungsrecht des Schulze verneinen wollte, selbst wenn man sagen wollte, die Cession sei simuliert, so müsste man doch zugeben, dass, wenn Lorenz gutgläubig war, ihn die bona fides deckt. Ebenso hat sich Lehmann, der im Vertrauen auf die vollgültige Cession zahlte, von seiner Schuld befreit. Für die simulierte Tradition und natürlich auch Cession nimmt Dernburg[1]) an, dass »Dritte, welche im Vertrauen auf die Echtheit des simulierten Geschäftes mit dem Scheinkontrahenten in Verhandlung traten, durch den späteren Nachweis der Scheinnatur nicht leiden können«. Das Gleiche nehmen Kohler »als ein Gebot der Gerechtigkeit und Politik«, sowie Leonhard, das Reichsgericht und das Reichsoberhandelsgericht in mehreren Entscheidungen an.[2])

Einem gesunden Rechtsgefühl erscheint jedoch die ganze Sachlage verändert, wenn man annimmt, dass Lorenz die kontraktliche Verpflichtung des Schulze zu einer beschränkten Ausübung des ihm übertragenen Gläubigerrechtes kannte.[3]) Kann es das Recht zugeben, dass ein Dritter auf die Starrheit der rechtlichen Konsequenzen pochend ein offenbares Unrecht begeht, ohne dass der Geschädigte ihm beikommen kann? Eine ganz erhebliche Bedeutung würde diese Frage haben, wenn man ein Scheingeschäft annehmen wollte. Dann wäre infolge Nichtigkeit

[1]) Dernburg, I, § 100 zu Anm. 6, 7.

[2]) Kohler bei Ihering, Bd. 16, S. 127. — Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 136. — R.G. 20, S. 340; R.O.H.G. 24, S. 324.

[3]) Ein ähnlicher Fall ist folgender: Der Vollindossatar quittiert dem Schuldner gegen eine Teilzahlung über die ganze Schuld.

der Cession Schulze nicht Gläubiger geworden, hätte also auch an Lorenz die Gläubigerrechte nicht übertragen können. Lorenz, der den Sachverhalt kannte, hätte dann ein noch immer dem Müller zustehendes Recht durch Beitreibung der 500 Mark ausgeübt. Auch wenn Schulze in der Dispositionsbefugnis beschränkt gewesen wäre, hätte er das Gläubigerrecht an Lorenz nicht übertragen können. Wie sich unter solchen Voraussetzungen die Sachlage gestalten würde, kann hier dahingestellt bleiben. Bei der Annahme eines pignus nominis würde also die Rechtslage folgende sein: die pflichtwidrige Veräusserung der verpfändeten Forderung durch Schulze ist dolos, er haftet mit der actio pigneraticia directa und Lorenz subsidiär mit der actio doli.[1])

Es kann zweifelhaft sein, ob die pflichtwidrige Veräusserung einer verpfändeten Forderung nicht als furtum zu behandeln ist und ob nicht alsdann dem Müller auch die condictio furtiva zustände. Die berühmte Definition des Paulus (l. 1 § 3 Dig. 47, 2) lässt zwar eine sehr weite Ausdehnung des Begriffes furtum zu, doch ist es mangels einer Quellenstelle nicht ohne weiteres angängig, in einem unrechtmässigen Pfandverkauf ein furtum zu erblicken.

Wie liegt nun die Sache, wenn der eingenommene Standpunkt konsequent durchgeführt wird? Die Frage, welche den Gegenstand dieser Ausführungen bildet, ist, soweit mir bekannt, in der Litteratur nicht ausführlich behandelt, da die meisten Schriftsteller wohl annehmen, dass sich ein näheres Eingehen erübrige, wenn man das Wesen der fiduciarischen Cession scharf im Auge behält. Nur Dungs,[2]) dessen Ausführungen im übrigen auf dem Boden der Dernburgschen Theorie stehen, wirft die Frage auf, ob nicht eine Änderung im Verfügungsrecht des

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 692 oben, cf. auch § 123, Anm. 3 bei Dernburg, Pand. II über die Annahme einer negularum gestio.

[2]) Dungs, Über die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung. Gruchots Beiträge, Bd. 32, S. 25 ff.

Fiduciars, oder wie er ihn nennt, des Gläubigers für fremde Rechnung, infolge der mala fides des Dritten eintritt. Dungs geht davon aus, dass auf der einen Seite zwar der Fiduciar zu allen Verfügungen legitimiert ist, auf der andern Seite aber auch zur Unterlassung einer Reihe von Verfügungen verpflichtet ist, und es fragt sich nun, ob nicht diese Verfügungen, welche an und für sich rechtswirksam sind, durch die mala fides des Dritten wirkungslos werden. Dungs kommt schliesslich zu einem Resultate

»nach Untersuchung eines Rechtsprinzipes, dessen Ent»wickelung eine noch nicht abgeschlossene ist, dem der »Durchbrechung der rein logischen Konsequenzen des »subjektiven Rechts zu Gunsten des guten und zum »Nachteil des bösen Glaubens.«[1])

Wer im klassischen römischen Recht eine Sache pignoris causa einem Fiduciar zu Eigentum gab, der konnte die rei vindicatio gegen niemanden anstrengen, auch nicht gegen einen Dritten, der mala fide die Sache erwarb. Andererseits aber kennt das Recht auch die unbeschränkte Verfolgbarkeit des Eigentums gegen jeden auch gutgläubigen Dritten. Dieses starre Prinzip aber ist mehr und mehr durchbrochen worden; je mehr sich die bona fides im Rechtsleben Geltung zu verschaffen wusste, um so mehr sind Ausnahmen von der Regel zu konstatieren. Ebenso, wie der gutgläubige Erwerber einer Sache geschützt wird in Fällen, wo er nicht Eigentümer werden durfte, ebenso könnte wohl — das ist der Gedankengang von Dungs — die mala fides in Fällen, wo sonst unzweifelhaft Eigentum erworben würde, diesen Erwerb hindern und rechtsunwirksam machen. Betrachten wir kurz, wie sich das gemeine Recht zu dieser Frage stellt. Die Ausnahmen, die schon die Quellen kennen, sind zweifellos ganz bedeutend vermehrt worden. Ein klassisches Beispiel bietet die exceptio rei venditae et traditae: demjenigen, welcher als Nicht-

[1]) Dungs, a. a. O. S. 27.

eigentümer eine Sache tradiert hat, wird, wenn er Eigentümer geworden ist und nunmehr vindicieren will, die exceptio doli generalis — denn dies ist die exceptio rei venditae — entgegengehalten. Diese exceptio doli ist wohl geeignet, tiefe Einschnitte in die logischen Konsequenzen des Rechts zu machen. Ein Beispiel für die fortschreitende Anwendung der bona fides ist oben gelegentlich der Besprechung des Schutzes gutgläubiger Dritter bei simulierten Geschäften erwähnt worden. Unsere modernen Gesetzgebungen sind auf dem einmal und mit Recht und gutem Grunde betretenen Wege fortgeschritten: die Einrichtung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, zahlreiche Bestimmungen des Handelsgesetzbuches legen davon Zeugnis ab, und das neue B.G.B. vor allem weist hin auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Eine Analogie der fiduciarischen Geschäfte finden wir im Handelsgesetzbuch in den Artikeln 43 (§ 50 des neuen H.G.B.), 116 (§ 126 Abs. 2) und 231 (§ 235). Die Prokura, ebenso die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters darf nicht eingeschränkt werden; es ist natürlich wohl möglich, dass zwischen Prinzipal und Prokurist ein Abkommen getroffen wird, der Prokurist solle nur bestimmte Geschäfte abschliessen. Handelt ein Prokurist dieser Abmachung zuwider, so macht er sich dem Prinzipal haftbar; Dritte kümmert das Abkommen nichts. Diese Bestimmung ist, wie man denken sollte, mit Rücksicht auf die bona fides des Dritten, welcher durch nicht erkennbare Beschränkungen nicht geschädigt werden soll, getroffen worden; wenn also der Dritte die Abmachung kennt, so sollte er u. E. Rechte aus dem mit dem Prokuristen abgeschlossenen Geschäfte nicht herleiten können. Es finden sich jedoch mehrere Entscheidungen, die der entgegengesetzten Ansicht sind.[1]) Freilich ist hierbei nicht zu übersehen, dass hier die Beschränkung der Vollmacht Dritten gegenüber vom Gesetz ausdrücklich für wirkungslos erklärt wird, und dies hebt

[1]) R.O.H.G. V, S. 294 f.; R.O.H.G. VI, No. 27. — Seufferts Archiv, 23, No. 157.

auch das Reichsoberhandelsgericht als massgebend an einer Stelle hervor.[1]) Aber vor allem: wollte man selbst auch hier, wo der Erwerb der Forderung sich richtig vollzogen hat, eine Ausnahme machen, so könnte — und davon ist stets nur die Rede — höchstens dem Dritten, welcher sein Recht geltend machen will, die exceptio doli entgegengehalten werden. Niemals aber würde es nach gemeinem Recht möglich sein, zu sagen: der Dritte hat infolge seiner mala fides das Gläubigerrecht nicht erworben, hat also ein fremdes Recht ausgeübt.

Das erscheint absurd, und Dungs,[2]) der eine solche Ausnahme bei den fiduciarischen Geschäften für wünschenswert erachtet, hat u. E. diese Unmöglichkeit nicht scharf genug betont. Denkbar wäre es allerdings nach Preussischem Recht. Das A.L.R. (I, Tit. 10, §§ 24, 25) kennt das ius ad rem, d. h. das Recht des Gläubigers einer geschuldeten Sache, welches dieser auch dritten Erwerbern gegenüber, die davon Kenntnis hatten, geltend machen konnte. Übrigens hielt auch die ältere gemeinrechtliche Theorie an dem ius ad rem fest, während es jetzt verworfen ist.[3]) Es wäre jedenfalls nicht unmöglich, dieses ius ad rem auch auf Forderungen auszudehnen, und vielleicht ist dies auch der Standpunkt des Reichsgerichts,[4]) wenn es sagt: »In diesem Falle (nämlich bei Kenntnis) würde der Dritte unredlich gehandelt und deshalb das Gläubigerrecht nicht erworben haben«. Ob dieser Standpunkt für das Preussische Recht richtig ist, braucht hier nicht untersucht zu werden.[5]) In seiner Entscheidung beruft sich das Reichsgericht aber auf ein Urteil des Königlichen Obertribunals.[6]) Dort wird gesagt, dass

---

[1]) R.O.H.G. V, S. 294.
[2]) Dungs, a. a. O. S. 30 oben.
[3]) Dernburg, II, S. 8.
[4]) R.G. 32, S. 221.
[5]) Förster-Eicius, Preuss. Privatrecht, II, S. 320, Anm. 43b.
[6]) Entscheid. a. a. O. Bd. 46, No. 20.

»sich der Cessionar einer im Hypothekenbuche ein-
»getragenen Forderung gegen Einwendungen, die ihm
»nicht vorher kundgethan sind, auf den Glauben des
»Hypothekenbuches nicht berufen darf, wenn er zur Zeit
»des Erwerbes der Forderung Ursache hatte, an der
»Gültigkeit seines Erwerbstitels zu zweifeln«.

Hier hatte der Cessionar Kenntnis davon, dass sein Cedent nicht befugt war zu cedieren (S. 133). Bei der Sekuritätscession aber ist ja der Fiduciar befugt zur Cession, und das hat das Reichsgericht selbst bestätigt.[1]) Das Reichsgericht meint jedenfalls, dass der Dritte das Gläubigerrecht deswegen nicht erworben hat, weil er einen Stundungsvertrag seines Cedenten kannte — auch davon ist dort die Rede — und trotzdem klagte. Indessen kann man auch denken, dass das Reichsgericht glaubt, schon die Kenntnis von dem pactum fiduciae genüge, um das Gläubigerrecht nicht zu erwerben. Dann würde es nicht konsequent handeln, wenn es eine Parallele zu der erwähnten Entscheidung des Obertribunals zieht. Jedoch giebt die nur kurze Andeutung des Reichsgerichts zu besonderen Zweifeln keinen Anlass. Für das gemeine Recht steht jedenfalls fest, dass sich in der rechtlichen Stellung des Dritten auch dann nichts ändert, wenn er bösgläubig war, irgend welche Rechte gegen ihn also nicht begründet sind. Dieses Resultat hat den grossen Vorzug, sowohl logisch wie praktisch brauchbar zu sein. Denn einen Schaden erleidet ja der Cedent zunächst nicht, da er sich ja in jedem Falle an den Fiduciar halten kann. Bedenklich freilich würde die Sache dann, und dieser Fall ist ja sehr leicht denkbar, wenn der Fiduciar zahlungsunfähig wäre und es kein Mittel gäbe, von dem Dritten etwas herauszubekommen. Aber hier liegt eine vortreffliche Remedur in der actio doli. Es ist von vornherein zu bemerken, dass die actio doli einen subsidiären Charakter hat, der namentlich dann praktische Bedeutung gewinnt, wenn, wie

[1]) R.G. 30, S. 274 unten.

Dernburg[1]) sagt, »dem Benachteiligten gegen einen Andern als den dolosen Schädiger eine Klage zusteht«.[2]) Ulpianus führt in l. 1 § 2 Dig. 4, 3 zwei Definitionen des Servius und des Labeo an, indem er die letztere als die richtige bezeichnet: sic definit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibitam. Der dolus wird wird also hier sehr weit gefasst als jede arglistige Veranstaltung, um einen Andern zu benachteiligen. Die actio doli kann zweifellos sehr weit ausgedehnt werden. Dernburg[3]) sagt von ihr, »sie solle bösliche Vermögensbeschädigung jeder Art gut machen, welche Gestalt dieselbe annehme, welcher Mittel sie sich bedienen möge«. Windscheid[4]) steht auf dem Standpunkt, dass jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden ersetzen muss, und in der That kann die actio doli ein sehr geeignetes Mittel sein, wenn andere Rechtsmittel nicht gegeben sind. Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist unter Umständen wohl zu entbehren, wenn ihn auch Unger[5]) festgehalten wissen will, und Pernice[6]) bemerkt, dass »man vielleicht am einfachsten römisch von jedem bewussten Verstoss gegen die bona fides sprechen könnte«. Nun ist sicherlich darin ein dolus des Dritten zu finden, dass er sich überhaupt in ein solches Geschäft eingelassen hat, obwohl er doch das pactum fiduciae kannte (nicht darin, dass er die Forderung eingezogen hat, denn qui suo iure utitur, neminem laedit). Er wusste, dass der Fiduciar nur infolge eines dolus mit

[1]) Dernburg II, § 136, Anm. 6.

[2]) Über die Meinung, dass mit dem Wegfall der infamierenden Wirkung der actio doli auch ihre Subsidiarität aufgehört habe, vgl. Savigny Bd. 7, S. 199, Windscheid II, § 451, Anm. 10, Wächter II, § 217, Haenel im Archiv f. civil. Pr., Bd. 12. Im Widerspruch mit dieser Ansicht stehen jedoch l. 5 Dig. 4, 3 de dolo malo und l. 7, § 9 h. t., sowie l. 8 § 1 Dig. 17, 1.

[3]) Dernburg II, § 136.

[4]) Windscheid II, § 451.

[5]) Unger a. a. O., II, § 101.

[6]) Pernice, M. Antistius Labeo, II, S. 219.

ihm kontrahieren konnte und hat, indem er die Cession annahm, dessen dolus zu seinem eigenen gemacht. Wenn wir freilich die oben angezogenen Analogieen des Handelsrechts betrachten, so sehen wir, dass dem Dritten, welcher in Kenntnis der beschränkten Vollmacht des Prokuristen oder Gesellschafter kontrahiert hat, nicht einmal die exceptio doli entgegengehalten wird.

»Die entgegengesetzte Ansicht, sagt das Reichsoberhandelsgericht,[1]) stützt sich (teils) auf die völlig unbegründete Annahme, dass der Dritte, welcher in Kenntnis der beschränkten Prokura kontrahierte, schon dadurch allein sich eines Betruges im Sinne des bürgerlichen Rechts schuldig mache.« Indessen schreibt ja, wie schon bemerkt, hier das Gesetz ausdrücklich die Unbeschränktheit der Prokura vor. Unseres Erachtens wird bei fiduciarischen Cessionen dem Cedenten subsidär gegen den bösgläubigen Dritten stets eine actio doli zustehen. Dies wird dem Billigkeitsgefühl entsprechen, und es kann diese Frage nunmehr verlassen werden, ohne dass bei ihrer Besprechung die beiden angeführten Thesen ins Wanken gekommen wären. Eine Theorie taugt nichts, wenn sie zu praktisch unbrauchbaren Resultaten führt. Das bisherige Ergebnis musste nach dieser Richtung hin befriedigen.

Wenn eine Forderung auf einen andern Gläubiger übertragen wird, so bleibt sie beschwert mit allen Einreden, die in rem gingen. Dies ist schon bei der einfachen Cession unstreitig, und kann darum auch bei der fiduciarischen keinem Zweifel unterliegen.[2]) Es giebt jedoch auch Einreden, welche der Schuldner nur gerade dem einen Gläubiger entgegensetzen kann, so beispielsweise die Einrede der Kompetenz, die Einrede der gewährten Stundung, und es ist streitig, ob solche Einreden mit dem Wechsel des Gläubigers untergehen oder ob jede Forderung mit allen denkbaren Einreden unverändert von Hand zu Hand geht.

[1]) R.O.H.G. VI, S. 135.

[2]) cf. auch Dreyer, a. a. O. S. 400.

Diese letztere Ansicht, u. E. die richtige, vertritt u. a. Dernburg,[1]) während Windscheid[2]) der entgegengesetzten Meinung ist. Die Streitfrage kann hier unerörtert bleiben, wenn wir den Gegenstand der nun folgenden Erörterungen dahin präzisieren: Kann der Schuldner bei der fiduciarischen Cession oder dem fiduciarischen Indossament dem Fiduciar auch solche Einreden entgegensetzen, die er bei einer gewöhnlichen Cession nicht entgegenhalten dürfte? Es erübrigt sich das Aufwerfen dieser sehr wichtigen und sehr bestrittenen Frage nicht etwa dadurch, dass man sich auf den Dernburgschen Standpunkt stellt. Denn diese Ausführungen spielen vor allem auch in das Gebiet des Wechselrechts hinüber und beziehen sich namentlich auf den Art. 82 der Wechselordnung:

»Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Ein»reden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst »hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedes»maligen Kläger zustehen.«

Und auch bei der Cession steht der Fall, dass eine Kompensationseinrede des Schuldners erst nach seiner Benachrichtigung von der Cession entsteht, ausserhalb der angezogenen Streitfrage. Da demnach die oben gestellte Frage zunächst für das Wechselrecht von grosser Bedeutung ist, so muss sie hier behandelt werden, gleichgültig ob man vielleicht auch hinsichtlich der Streitfrage auf einem Standpunkt steht, der die Besprechung für die Cession erübrigen würde.

Die Bedeutung des hier vorliegenden Themas soll durch ein Beispiel aus der Praxis in das rechte Licht gesetzt werden. A. indossiert einen von B. ausgestellten Wechsel an C. als Inkassomandatar, welcher den Wechsel einklagt. B. wendet ein, dass der Wechsel für eine im Spiel verlorene Summe von ihm hingegeben sei. C. beruft sich auf

[1]) Dernburg II, S. 144.

[2]) Windscheid II, § 332.

Art. 82 W.O., wonach gegen ihn als Indossatar diese Einrede nicht durchgreife; auch sei diese ihm bei der Übertragung des Wechsels nicht bekannt gewesen. Angenommen A. wäre den Wechsel nicht losgeworden, so erhellt, dass er hier nur deshalb fiduciarisch indossiert hat, um dem C. die Einrede abzuschneiden. Soll sein dolus nun auch gegen den gutgläubigen B. wirken?

Es sei bemerkt, dass hier die oben angeführte Dreyersche Scheidung der fiduciarischen Geschäfte in zwei Gruppen durchaus acceptiert wird. Die Cession und das Indossament zu Sicherheitszwecken geschieht lediglich im Interesse des Fiduciars. Er darf ja die Forderung erst dann eintreiben, wenn der Cedent in Verzug gerät. Hier ist durchaus nicht abzusehen, warum der Fiduciar schlechter stehen sollte, als der gewöhnliche Cessionar. Da der Cedent hier nicht in eigenem Interesse überträgt, so schwindet jede Gefahr der Benachteiligung des Schuldners, und darum erscheint die Behandlung der Frage bei dieser Gruppe praktisch bedeutungslos.

Anders bei der zweiten Gruppe. Hier überwiegt das Interesse des Cedenten, und hier ist der Punkt, wo die fiduciarische Cession bedenklich werden und der Ehrlichkeit im Geschäftsverkehr einen Stoss versetzen kann. Sie giebt ja jedem Wechselinhaber, jedem Besitzer einer Forderung die Gelegenheit an die Hand, lästige Einreden abzustossen. Der Wechsel wird indossiert, dem Schuldner die Möglichkeit genommen, seine Einreden anzubringen, er muss zahlen, und das Geld fliesst in die Tasche des Cedenten zurück, der durch eine einfache Schiebung seinen Zweck erreicht hat. Gewiss ist es von ihm dolos gehandelt, doch ist es fraglich, ob man auch dem gutgläubigen Fiduciar die exceptio doli wird entgegenhalten können. Ist ja doch auch andererseits nicht zu verkennen, dass der Schuldner bei Zubilligung der exceptio chikanös ungerechtfertigte Einreden vorbringen kann, nur um eine Verschleppung herbeizuführen. Von diesem Gesichtspunkte geht Lang, den ich als den konsequentesten der hier in Betracht kommenden

Schriftsteller bezeichnen möchte, bei Behandlung der Frage aus. Lang giebt ohne Weiteres zu, dass das Vollindossament dazu benutzt werden kann, dem Schuldner begründete Einreden abzuschneiden. Wenn auch der Fiduciar bei Übernahme des Indossaments das wusste, so wird gegen ihn ohne Zweifel die exceptio doli specialis durchgreifen. Es besteht in diesem Falle keine Meinungsverschiedenheit darüber, dass der Schuldner dem Indossatar den Eid darüber zuschieben darf, er habe bei Übernahme des Wechsels von den begründeten Einreden Kenntnis gehabt.[1]) Die Differenz beginnt erst dann, wenn Gutgläubigkeit des Fiduciars angenommen wird.[2]) Unmöglich, meint Lang, kann man doch schon das als arglistig bezeichnen, wenn der Cessionar oder Indossatar sich ihm erst nachträglich bekannt gewordene Einreden nicht entgegensetzen lassen will. Ist es ja doch nicht immer der Zweck des Cedenten oder Indossanten, die ihm als begründet bekannten Einreden abzuschneiden, vielmehr wird es auch manchmal seine Absicht sein, unbegründeten Einreden zuvorzukommen. Der Schuldner aber könnte bei einer derartigen Beschränkung des Fiduciars durch Vorbringen von allerhand unbegründeten Einreden eine Verschleppung der Prozesse, namentlich der Wechselprozesse, herbeiführen. Damit aber würde die fiduciarische Cession ihre Berechtigung verlieren, sie würde ihres wesentlichen Inhalts beraubt werden und zu einem unbrauchbaren Gebilde zusammenschrumpfen. »Der Verkehr aber, so heisst es bei Lang,[3]) verlangt durchaus die Möglichkeit des Ausschlusses von Verschleppungen und chikanösen Einreden, welche ins Gedränge kommende Wechselschuldner gern vorzuschützen pflegen, und dies ist die höhere Rück-

[1]) cf. auch l. 34 D. de proc. 3, 3 u. l. 40 in fine Dig. de stip. serv. 45, 3.

[2]) Die immer und immer wieder auftauchende Frage, ob nicht seitens des Schuldners die Einrede der Simulation (mangelnden Aktivlegitimation) zulässig ist, übergehe ich. Sie hat wohl durch das Vorstehende ihre Erledigung in negativem Sinne gefunden.

[3]) Lang, a. a. O., S. 340.

sicht.« Lang kommt somit zu dem Resultat, dass der Schuldner dem Cessionar oder Indossatar keine Einreden entgegensetzen darf, welche ihm nicht auch gegenüber dem Cedenten oder Indossatar als Kläger zugestanden hätten. Er stützt seine Ausführungen auf eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[1]), welches die Frage ausserordentlich gründlich behandelt und zu demselben Resultate kommt. Das Gericht geht davon aus, dass der Indossatar keineswegs bloss formell zur Geltendmachung der Wechselforderung legitimiert (Art. 10 W.O.), sondern Wechselgläubiger ist. »Der Schuldner kann nicht, heisst es da, Einreden aus der Person des Indossatars lediglich aus dem Grunde entgegenstellen, weil derselbe materiell nicht eigenes, sondern fremdes Recht verfolge.« Das Unrecht, welches aber geschehe, werde wieder gut gemacht auf dem Wege der nachfolgenden Ausgleichung zwischen den Parteien des fiduciarischen Indossaments.

Diese Ansicht erscheint nicht als die richtige, wenngleich ohne weiteres zugegeben werden soll, dass auch bei der abweichenden Meinung mancherlei Misshelligkeiten zu Tage treten. Denn sicherlich wird, wenn man dem Schuldner die Einreden aus der Person des ersten Gläubigers zubilligt, ihm dadurch die Gelegenheit verschafft, die Befriedigung des Gläubigers aufzuhalten. Es fragt sich aber, ob nicht dies der kleinere Nachteil ist, gegenüber dem möglichen unleugbaren Unrecht, das dem Schuldner geschehen kann. Der Cessionar oder Indossatar handelt ja, wenn er seinen Wechsel oder seine Forderung einklagt, lediglich in fremdem Interesse. Ihm geschieht also durch eine Verzögerung kein Schaden, nur seinem, wenn der Ausdruck gebraucht werden darf, Geschäftsherrn, und auch dieser wird, wenn auch verspätet, zu seinem Rechte gelangen. Ja, wenn der Wechsel vom Fiduciar abermals giriert wird, dann ist gegen den neuen Inhaber nichts mehr zu machen.

---

[1]) R.O.H.G. VI., S. 53 ff. Seufferts Archiv 27, No. 152.

Niemals aber darf das Recht einen Zustand billigen derart, dass einem Schuldner infolge Vorschiebens einer Person sein gutes Recht abgeschnitten wird.

Hier ist im Gegensatz zu Lang die höhere Rücksicht zu erblicken. Hier muss sich, wie Kohler sehr treffend bemerkt,[1]) »eine unbestreitbare rechtliche Wirkung vor höheren Prinzipien beugen, wenn sie zu Operationen benutzt werden soll, welche das Recht missbilligt.« Eine strikte Durchführung des formalen Rechts des Fiduciars würde einen Erfolg herbeiführen, welchen das Recht nicht will, welcher objektiv ein Unrecht darstellt. Dieses Unrecht abzuwehren, besitzen wir ein vorzügliches Mittel in der exceptio doli generalis. Mit der Einführung dieses Begriffes scheidet der Vorwurf eines arglistigen Verhaltens des Fiduciars, scheidet ferner die Frage hinsichtlich der Einreden aus der Person des Cedenten oder Indossanten gänzlich aus; der ganze Streitgegenstand wird auf ein freieres Gebiet des Rechts übergeführt. Gewähren wir dem Schuldner die exceptio doli, so wird ein Unrecht, das ihm geschehen soll, verhütet, der Kläger erleidet keinen Schaden, und nur sein Hintermann kann in seiner Befriedigung eine Verzögerung erleiden; das aber ist das kleinere Übel. Die exceptio dolis generalis will Dernburg dann angewendet wissen, wenn »das Klagerecht dem wahren Rechte widerstrebt, im gegebenen Falle also nur die Form, nicht das Wesen des Rechts hat,« und spricht ihr fortdauernd produktive Kraft zu.[2]) Dem ist unbedingt beizupflichten: die exceptio doli ist die Brücke, die hinüberführt in eine freiere Region des Rechts; gerade sie findet auch im vorliegenden Falle keinen Widerstand im Formalismus des Wechselrechts. Dieser Standpunkt ist dem Werthauers[3]) diametral entgegengesetzt. Werthauer hat eine Abhandlung über das fiduciarische Indossament verfasst, in der fast ausschliesslich die hier angezogene Streitfrage

[1]) Kohler, a. a. O., S. 347.
[2]) Dernburg I, S. 327.
[3]) Werthauer, a. a. O., S. 586 ff.

erörtert wird, und zwar in ganz detaillierter und sorgfältiger Weise, wenn sie auch vielleicht dadurch etwas ermüdend wirkt, dass der Verfasser erst alle vertretenen Ansichten genau schildert und kritisiert, ehe er seine eigene ins Treffen führt. Werthauer, dem wir im ersten Teile seiner Schrift im Grossen und Ganzen beistimmen, hält einmal die exceptio doli generalis im heutigen Recht für unpraktisch, dann aber auch mit dem Wechselrecht als ius strictum unvereinbar. Der erstere Einwand ist durch die eben gemachten Ausführungen als abgethan anzusehen, und dem zweiten kann nur dasselbe wie der Ansicht Langs entgegengesetzt werden. Wer einen Wechsel acceptiert, so argumentiert Werthauer, ist sich bewusst, dass er ein von seinem Schuldgrunde losgelöstes, rein abstraktes Schuldversprechen abgiebt; weiss er dies nicht, so befindet er sich in einem Rechtsirrtum, der ihm nicht zu gute gehalten werden kann. Er erleidet also durch ein fiduciarisches Indossament und seine möglichen ihn schädigenden Folgen kein materielles Unrecht. Dies ist entschieden hart; und auch Werthauer empfindet dies, hält jedoch die Fahne des ius strictum hoch und lässt ihm gegenüber keine sich auf Treu und Glauben stützende Einrede zu, bezeichnet vielmehr einen solchen Standpunkt als einen verkehrsfeindlichen.[1]) Demgegenüber muss aber betont werden, dass das Wesen des formalen Rechts doch nicht darin erblickt werden kann, dass es hässlichen Manipulationen Thür und Thor öffnet und dass dem Billigkeitsgefühl und dem unser ganzes Rechtsleben beherrschenden guten Glauben nicht wenigstens soweit Eingang gewährt wird, um das dort zu verhindern, wo es ohne grossen Schaden geschehen kann. Mit Beweisen ist hier nicht viel zu machen; vielmehr kommt es hier darauf an, ob man das absolut Formelle betont oder dem ius aequum eine Konzession macht, ohne doch darum im Grossen und Ganzen das Wesen des ius strictum anzutasten.

[1]) S. 668.

Die hier vertretene Auffassung ist diejenige Kohlers[1]) und Regelsbergers.[2]) Zu gleichem Resultate gelangt auch Dreyer, freilich auf anderem Wege. In Konsequenz seiner geschilderten Auffassung gewährt er dem Schuldner bei der Cession die Einreden aus dem Rechte des Mandats und macht hinsichtlich des Indossaments die richtige Bemerkung, dass es sich bei solcher Begründung in Wahrheit nicht mehr um eine exceptio doli handle, sondern dass thatsächlich die Einreden zugelassen werden, welche dem Beklagten zustehen würden, wenn der Indossant selbst als Kläger aufgetreten wäre. Dungs[3]) ist offenbar nicht der Ansicht, dass eine Ausdehnung der exceptio doli in unserem Sinne möglich sei, weil er ihr Wesen nicht richtig begreift, sondern nach einem dolus im subjektiven Sinne sucht. Trotzdem tritt auch er der hier vertretenen Ansicht bei, indem er die Berechtigung einer Einrede aus einer Analogie in den Quellen herzuleiten sucht, und zwar in durchaus glücklicher und geschickter Weise. Er zieht vergleichend die Delegation heran und findet den Satz, dass dem Delegatar die Einreden aus dem Verhältnis des Delegaten zum Deleganten entgegenstehen, wenn der Delegatar lediglich im Interesse des Deleganten aufgetreten ist. Erhärtet wird dieser Satz namentlich durch l. 9 § 1 de condictione causa data causa non secuta 12, 4.[4]) Gerade diese Stelle aber und noch einige andere (l. 4 § 19 Dig. 44, 4) zeigen gerade, dass die Römer es verstanden haben, die exceptio doli

[1]) Kohler, a. a. O., S. 150, 151.

[2]) Regelsberger, im Archiv Bd. 63, S. 192. cf. auch Davidsohn bei Gruchot Bd. 18, S. 1 ff.

[3]) Dungs, a. a. O., S. 31 ff.

[4]) Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit si cogatur, indotatam uxorem habere. itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit. sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo dumtuxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.

generalis den Grundsätzen der Vernunft entsprechend zu gebrauchen. In unserem Falle angewendet erfüllt sie ihren Zweck vollkommen: sie thut der Logik keinen Zwang an und dient der praktischen Anwendung des Rechts. Nur dieser Standpunkt aber kann zu einer befriedigenden Lösung der nun folgenden wichtigsten Streitfrage führen.

§ 6. Insbesondere die Rechtslage im Konkurse des Fiduciars.

Trotz der angezogenen Kontroversen musste bisher das Institut der fiduciarischen Cession als ein lebensfähiges und gesundes erscheinen, welches an der Hand einer vernünftigen Theorie den Stürmen der Praxis erfolgreichen Widerstand leistet. Mit Absicht ist die in der Überschrift dieses Paragraphen gekennzeichnete Frage an den Schluss der eigentlichen Abhandlung gestellt worden, um diese mit einem Fragezeichen zu schliessen und in einen zweiten Teil überzuleiten, der bescheidene Vorschläge zu einer Lösung der vorhandenen Schwierigkeiten enthalten soll. Diese Frage scheint den eigentlichen Angelpunkt der hier behandelten Theorie zu bilden, weil hier die Theorie zu Konsequenzen in der Praxis führt, die durch und durch ungesund sind, die aber nicht durch Mittel, wie es z. B. die exceptio doli war, remediert werden können. So muss also entweder die Theorie geändert werden, oder die Praxis muss helfen. Das im § 1 der Abhandlung im Anfang gewählte Beispiel zeigt, was gemeint ist. A. hat seine Forderung gegen B. an die Firma X. cediert und die mündliche Nebenabrede getroffen, dass diese Cession nur zum Zwecke des Inkasso geschehen soll. X. gerät in Konkurs, der Schuldschein des B. wird vergebens von A. zu vindicieren versucht, die Forderung fällt zur Masse. Es kann nicht die Aussonderung der fiduciarisch übertragenen Urkunden, Aktien, Wechsel etc. aus dem Konkurse des Fiduciars verlangt werden, weil diese ja, wie stets betont worden ist, in dessen Eigentum übergegangen sind, demnach zur Masse gehören.

Es besteht lediglich eine Konkursforderung des Cedenten. Dass dieser Erfolg nicht gewollt, sondern mehr einem unglücklichen Zufall zu verdanken ist, haben wohl alle gefühlt, und fast alle haben versucht, einen Ausweg zu schaffen. Dieser Ausweg aber scheint hier sehr schwer zu finden, weil das Eigentum ein rechtlicher Begriff ist, der in seiner Starrheit und Unbewegtheit allen Angriffen Trotz bietet.

Lang führt auch hier sein Prinzip mit vollster Konsequenz durch. Wie er dem Schuldner auch alle Einreden gegenüber dem Fiduciar versagt, so verneint er auch unbedingt ein Aussonderungsrecht im Konkurse. Es wäre des Guten etwas zu viel, so führt er aus, wollte man einerseits durch das Mittel der fiduciarischen Cession einem Gläubiger die Möglichkeit gewähren, sich unbequemer Einreden zu entledigen und ihm andererseits auch noch volle Sicherheit im Falle des Konkurses geben. Wer dieses Mittel wählt, begiebt sich eben in eine Gefahr, aus der es keine Rettung giebt. Entweder, das ist die Quintessenz der Langschen Ausführungen, man lässt die fiduciarische Cession in ihrer Eigenart bestehen, so muss man ein Aussonderungsrecht verneinen, oder man gewährt es und bestreitet damit den Eigentumsübergang wie die Möglichkeit fiduciarischer Geschäfte überhaupt.

Von einer Fülle der Vorteile des Gläubigers kann zunächst nicht gut die Rede sein, da wir ja bezüglich der Einreden auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen. Es wäre vielmehr bei der Zubilligung der exceptio doli ein Äquivalent im Aussonderungsrecht geschaffen. Alle Versuche zur Konstruktion eines solchen lässt Lang Revue passieren. Über die Dernburgsche Auffassung, nach der das Aussonderungsrecht um deswillen besteht, weil der Fiduciar nach innen blosser Bevollmächtigter ist, kann nach den Ausführungen des § 4 hinweggegangen werden.[1]) Interessant

[1]) Dreyer behandelt diese Frage (S. 458, 59) nur ganz kurz. Es heisst dort bei Besprechung der fiduciarischen Geschäfte im allgemeinen: „Wird gegen den Käufer (Beauftragten) der Konkurs er-

ist Kohler, der für eine vindicatio utilis plaidiert. Mit dem feinen Rechtsgefühl, welches Kohler eigen ist, sucht er zu zeigen, dass es mangels einer gesetzlichen Bestimmung möglich ist, eine vindicatio utilis und auf diese Weise ein Aussonderungsrecht zu konstruieren. Er beruft sich auf die Antecedentien des fr. 1 und 2 de instit. act. 14, 3, fr. 5 de stipul. praet. 46, 5 sowie den Artikel 368 Abs. 2 des H.G.B. Auf dieses letzte Gleichnis wird bald zurückgekommen werden. Aber so richtig es auch ist, dass, wenn wir uns das Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit, nicht in seinen Einzelheiten vor Augen halten, zweifellos der von Kohler gewollte Erfolg eintreten soll, so erscheint es doch bedenklich, ein solches Mittel anzuwenden. Eine gewaltsame Analogie aus Nützlichkeitsgründen vermag den Eigentumsbegriff stark zu erschüttern, und darum ist es gefährlich so zu operieren, wie es Kohler thut, wenn sich absolut keine andere Rechtfertigung als lediglich das Rechtsgefühl bietet. Und dieses ist, wie Kohler selbst sagt, noch nicht Rechtsquelle. Darum, so sympathisch auch das Kohlersche Vorgehen ist, juristisch kann es nicht gebilligt werden.[1]) Und dass sich etwa wie Lang (S. 350) in Betracht zieht, ein kaufmännisches Gewohnheitsrecht gebildet haben könnte, ist in Anbetracht der divergierenden Meinungen in Praxis und Theorie keineswegs anzunehmen. Ebenso scheint mir auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. Juni 1890,[2]) die recht plausibel

---

öffnet, so hat der Verkäufer (Mandant) kein Aussonderungsrecht, denn mit der Mandatsklage konnte nur ein Anspruch auf den erzielten Erlös oder auf Herausgabe der nicht verkauften Sache erhoben, aber nicht geltend gemacht werden, dass die an den Gemeinschuldner verkaufte Sache nicht zum Vermögen desselben gehöre, wie das z. B. bei der Klage aus Miete, Aufbewahrung, Leihe der Fall ist." Aber ist denn nicht in veritate der Verkäufer Eigentümer? U. E. müsste nach Dreyer das Aussonderungsrecht bejaht werden.

[1]) Derselben Ansicht wie Kohler ist auch Dungs, dessen Ausführungen mehr rechtsphilosophischer Natur sind. Ebenso Regelsberger Pand. S. 519, früher anderer Ansicht im Archiv Bd. 63, S. 187.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 46, 91.

klingt, von der Hand zu weisen zu sein. Diese Entscheidung hält sich an die Bestimmung des Art. 368 Abs. 2 des H.G.B. (§ 392, 2), nach welchem Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionair oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Wenn demnach der Kommissionair Waren verkauft hat und falliert, so ist in betreff der Ausstände der Kommittent aussonderungsberechtigt. Hier ist also durch das Gesetz ein Zustand geschaffen, der dem Kommittenten sein Recht, das er formell aufgegeben hat, sichert. Das Reichsgericht führt nun aus, dass ja auch durch die fiduciarische Cession der Fiduciar nur formell Eigentümer geworden, materiell das Eigentum aber beim Cedenten geblieben sei. In Wirklichkeit seien auch hier die Ausstände nicht in das Vermögen des Kridars übergegangen, gehörten also nicht zur Konkursmasse. Abgesehen davon, dass diese Trennung von formellem und materiellem Eigentum schief ist, abgesehen ferner davon, dass singuläre Gesetze strikt interpretiert, aber nicht analog ausgedehnt werden sollen, ist doch zwischen beiden Fällen ein Unterschied. Ein Kaufmann, der seine Waren in Kommission giebt, thut dies, um sein Absatzgebiet zu vergrössern und dabei die Kosten des Reisenden zu ersparen, und der sie in Kommission nimmt, thut es um eines guten Nebenverdienstes willen. Das Kommissionsgeschäft ist ein nützliches Institut, das den besonderen Schutz des Gesetzes herausfordert, während beim fiduciarischen Geschäft ja, wie Lang treffend bemerkt, der Kaufmann die Wahl hat, ob er nicht lieber eine Vollmacht ausstellen will, anstatt sein Eigentum aufzugeben. Denn dies thut er ja im Augenblick der Cession, während beim Kommissionsgeschäft ja die Waren bis zum Verkaufe im Eigentum des Kommittenten stehen.[1]) Eine Analogie kann darum bei genauer Betrachtung nicht gefunden werden.

[1]) Wilmowsky, Deutsche Reichskonkursordnung zu § 35: Note 2d.

Betrachten wir nunmehr, ob nicht die Reichsgesetzgebung zu dieser unlösbaren Frage Stellung genommen hat. Der § 24 der Preussischen Konkursordnung bestimmt:

> Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser, bei der Übermachung bezeichneter, künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten verhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt.

Diese Bestimmung ist entnommen dem code de commerce art. 583, wo die Herausgabe der Wechsel etc. angeordnet wird, wenn sie der Eigentümer gegeben hatte: avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition ou si elles ont reçu de sa part la destination spéciale de servir au paiement d'acceptation ou de billets tirés au domicile du falli (ebenso Belgisches und Spanisches H.G.B., Materialien zur K.O. S. 161.)

Es handelte sich nun bei der Beratung der Reichskonkursordnung in der unter Sarweys Leitung tagenden Kommission darum, ob ein solcher Passus hinter § 35 eingeschalten werden sollte. Das Resultat war ein negatives, weil eine solche Bestimmung überflüssig und ev. schädlich wäre. Goldschmidt liess sich die Mühe nicht verdriessen, dreimal den Antrag auf Einschaltung eines § 35a zu stellen,[1]) indem er ausführte, dass seiner Meinung nach nach der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts sowie der des Oberappellationsgerichts zu Rostock hinsichtlich der Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken der Richter dahin erkennen müsse, dass ein Wechsel mit gewöhnlichem Giro und ohne Inkassoklausel aus der Masse nicht zurückgefordert

[1]) 1. Lesung, 18. Sitzung, Prot. S. 621.

werden könne.[1]) Die Vorstellungen Goldschmidts, der insbesondere von Hullmann unterstützt wurde, prallten ab am Widerstande der Regierungsvertreter, welche die Ansicht vertraten, dass ein Eigentum nur Dritten gegenüber entstehe, wenn auch formell alles geschehen sei, um Eigentum zu übertragen. Bringt man diese Äusserungen in Verbindung mit den Worten der Motive:[2]) »Die Spezialbestimmung ist überflüssig: der Gemeinschuldner sollte durch die Übergabe der ihm in Verwahrung, zur Einlösung . . . oder zur Sicherung übergebenen Aktien, Scheine, Handelspapiere, girierten Wechsel, cedierten Forderungen, Hypotheken u. s. w. nicht Eigentümer desselben werden, und ist es nicht geworden,« so sieht man, dass die Auffassung der Kommission der heute herrschenden und bisher hier vertretenen nicht entspricht. Die auf Anregung Goldschmidts (24. Sitzung, 2. Lesung) gefasste Resolution:

»Durch § 35 des Entwurfs soll nicht ausgeschlossen »sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen »durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der »Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur »behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung über»tragen worden sind, dass sie nur zur Sicherstellung »des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das In»dossament den Zusatz: zur Einziehung, zur Sicherung »oder eine ähnlich beschränkende Klausel nicht enthält —

ist daher schon aus diesem Grunde wertlos. Sie ist es ferner deshalb, weil sie lediglich eine theoretische Erläuterung der Kommissionsmitglieder darstellt, für die Auslegung des Gesetzes selbst aber nicht irgendwie verwertbar ist. Eine gesetzliche Regelung der hier erörterten Frage ist vielmehr abgelehnt worden.

[1]) So lautet auch die Entscheidung des Wiener Landgerichts, bestätigt vom obersten Gerichtshof daselbst. Archiv für Wechselrecht IV, S. 92. Seufferts Archiv 7, 349.

[2]) Motive, S. 162.

C. Die fiduciarische Abtretung von Forderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 7. Übersicht über die geschaffene Rechtslage.

Trotz des so häufigen Vorkommens der fiduciarischen Geschäfte im kaufmännischen Leben und trotz der mannigfachen rechtlichen und wirtschaftlichen Bedenken, die sich bei ihrer Betrachtung und Zergliederung ergeben, hat der Gesetzgeber keine Veranlassung genommen, sie zu berücksichtigen. Sie sind geblieben, was sie waren, ein Verkehrsgebilde in den verschiedenartigsten Gattungen, in keine rechtliche Form gegossen: das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht einmal ihren Namen. Indessen ist daraus nicht etwa zu schliessen, dass solche Abmachungen nun mit einem Male zu existieren aufgehört haben; vielmehr ist schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass sich jeder die Verträge so gestalten kann, wie er will — es sei denn, dass sie gegen bestimmte Gebote verstossen, — zu entnehmen, dass sie auch weiterhin zulässig sind. Denn der Begriff »fiduciarisch« behält gegenüber der Bezeichnung »simuliert« in der Definition des § 117 B.G.B. nach wie vor seine Geltung. Recht deutlich weisen die Motive[1]) mit einigen Worten auf das Wesen einer fiduciarischen Cession hin, wenn sie von einer Cession sprechen, bei der »der neue Gläubiger dem Schuldner und allen Dritten gegenüber als Gläubiger gelten, dem bisherigen Gläubiger gegenüber aber verpflichtet sein solle (cf. dagegen Motive III, S. 195, wo ein Geschäft fiduciarischer Art als Scheinauflassung bezeichnet wird). Auch scheint durch die Bestimmung des § 137 B.G.B den fiduciarischen Geschäften Thür und Thor geöffnet zu sein. Für unsere Betrachtung kommt es lediglich darauf an, ob, da besondere Bestimmungen auch nach B.G.B. fehlen, das bisher hinsichtlich der fiduciarischen Abtretung von Forderungen Gesagte auch weiterhin gilt, oder ob Neuerungen in der Auffassung und Behandlung der Streit-

[1]) Motive II, S. 130.

fragen eingetreten sind. Auch hier wird man sich die Worte der Motive zu E. I »das B.G.B. muss im Bedürfnisfalle aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssystem ergänzt werden,« vergegenwärtigen müssen.[1]) Zunächst wird man die Frage aufwerfen müssen, ob etwa durch die gedachten Geschäfte irgend eine Bestimmung des B.G.B. verletzt oder umgangen werden könnte. Die Antwort lautet verneinend. Man könnte vielleicht an § 1280 denken, nach welchem zur Wirksamkeit einer Forderungsverpfändung die Benachrichtigung des Drittschuldners gehört und der Meinung sein, durch die Sicherheitscession könnte eine Umgehung des Gesetzes bewirkt werden (cf. A.L.R. Th. I, Tit. 20, § 288). Dies erscheint aber ausgeschlossen, schon nach dem Sinne der Bestimmung,[2]) »durch welche den Gefahren vorgebeugt werden soll, welche aus einer generellen, eine Mehrheit von Forderungen in einer Bezeichnung begreifenden Verpfändung sich ergeben würden.« Die im § 3 dieser Arbeit geäusserten Bedenken fallen mit Rücksicht darauf, dass ja nach § 398 die Cession ein abstraktes Geschäft ist, gleichfalls fort. Die fiduciarische Abtretung von Forderungen bleibt also auch nach den Grundsätzen des B.G.B. in seiner Geltung bestehen.

Bezüglich der Streitfrage der Zulässigkeit der exceptio doli kann gleichfalls eine Änderung nicht zugegeben werden, im Gegenteil giebt das B.G.B. ein grösseres Recht zur Vertretung unserer Meinung. Wie ein roter Faden zieht sich durch das ganze Gesetzeswerk das Wort von Treu und Glauben, das Missbilligen allen Unrechts, in welcher Form es auch zu Tage treten mag. Der § 826 kennt einen dolus-Begriff, der von den Motiven als »illoyale Handlung« bezeichnet wird.[3]) Dieser Begriff fasst die exceptio dolis generalis, die auch weiterhin ihre Kraft behält. Die hier vertretene Ansicht findet eine Stütze in den Worten der Motive,[4]) wenn sie Einwendungen aus dem

[1]) Hackenburg. Das B.G.B. für das Deutsche Reich, S. 5.
[2]) Motive III, S. 856; cf. auch S. 337.
[3]) Motive II, S. 726
[4]) Motive II, S. 700.

persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Aussteller und Inhaber von Urkunden zulassen. Das B.G.B. hat auch hier keine Änderung geschafft: es will, wie Hackenburg (S. 6) sagt, kein starres, strenges Recht, das nur nach der Rechtslogik verfährt, unbekümmert darum, ob es der Billigkeit entspricht.

Ehe wir an die Untersuchung der Frage gehen, die wir am Ende des vorigen Abschnittes offen gelassen haben, wie es nämlich um das Aussonderungsrecht im Konkurse steht, ob vielleicht das B.G.B oder die neue K.O. hier ein Mittel an die Hand giebt, wird es gut sein, zu der bisher erschienenen Litteratur Stellung zu nehmen.

Es ist natürlich, dass unter den Werken, die sich mit dem neuen Recht befassen, keines ist, welches die fiduciarischen Rechtsgeschäfte mit besonderer Sorgfalt behandelte. Vielmehr wird bei dem ungeheuren Stoff, der zu bewältigen ist, mit wenigen Worten in der Regel darüber hinweggegangen, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass ein bedeutender Fortschritt gegenüber der stiefmütterlichen Behandlung seitens der früheren Pandektenlehrbücher zu konstatieren ist. So lässt insbesondere Riedel[1]) den gedachten Geschäften eine ausführlichere Besprechung zu Teil werden und vertieft sich in Einzelheiten, die hier nicht angezogen zu werden brauchen, weil sie zu spezieller Natur sind. Riedel ist ebenfalls der Ansicht, dass der Verkehr die fiduciarischen Geschäfte nicht entbehren kann. Besonders sympathisch berührt die Zweiteilung, die er vornimmt, einmal in fiduciarische Rechtsgeschäfte in eigenem Interesse, z. B. Cession zur Einziehung, und solche in fremdem Interesse, wie z. B. die Sicherheitscession. Auch bei ihm finden sich alle Streitfragen angedeutet, und auch er giebt dem Schuldner das Recht, Einwendungen zu erheben, sofern er ein rechtliches Interesse daran hat, mit anderen Worten billigt ihm, auch gestützt auf §§ 226,

[1]) Riedel, Das B.G.B. in Vergleichung mit dem Preussischen Recht, Lieferung 7.

826 B.G.B. die exceptio doli zu. Als Beispiel erwähnt er den Fall, dass eine fiduciarische Cession zum Zwecke des Inkasso vorliegt und inzwischen der Auftrag widerrufen wird.[1])

Dernburg[2]) steht in dieser Hinsicht auf gleichem Standpunkt und nimmt die exceptio auch an, wenn sich z. B. der Cessus mit dem Cedenten verglichen hat, der Fiduciar aber trotzdem die Forderung einklagt. Interessant ist, dass Dernburg ein Aussonderungsrecht annimmt, gestützt auf § 812 B.G.B., von der Ansicht ausgehend, die Konkursgläubiger würden sich sonst ohne zureichenden rechtlichen Grund bereichern. (Seine frühere Auffassung hat Dernburg offenbar fallen lassen.) U. E. aber ist der Inhalt dieser Bestimmung nur darauf gerichtet, einen Bereicherungsanspruch gegen die unmittelbar bereicherte Person zu begründen, nicht aber Dritten gegenüber, und wir bestreiten, dass diese Vorschrift stark genug ist, um ein Aussonderungsrecht im Konkurse zu schaffen. Es würde dann ein Eigentum an den in der Masse befindlichen Urkunden fingiert werden, und es käme schliesslich auf eine vindicatio utilis heraus. Dieser Notbehelf erscheint darum nicht angängig. Das Aussonderungsrecht wird auch ausdrücklich von Matthias[3]) und wohl auch von Endemann[4]) bestritten, wenn er der Abtretung die volle dingliche Wirkung nach aussen nicht genommen wissen will. Sowohl Endemann wie Leonhard[5]) und Cosack[6]) charakterisieren die fiduciarischen Geschäfte, speziell die Cession, kurz ihren wesentlichsten Merkmalen nach, ohne auf die Streitfragen und Theorieen des Näheren einzugehen.[7])

[1]) R.G. 39, S. 166.

[2]) Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs. S. 304/5, Anm. 12.

[3]) Matthias, Lehrbuch des B.G.B, I, S. 203.

[4]) Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. I, S. 674.

[5]) Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. S. 460/61.

[6]) Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts. S. 204/5.

[7]) cf. auch Engelmann, Das alte u. neue Bürgerl. Recht. S. 104.

Von hervorragendem Interesse erscheinen in der neueren Litteratur die Ausführungen Stammlers, der in einem besonderen Abschnitte auf unser Thema eingeht.[1]) Stammler geht von einem Beispiel aus: eine zweifelhafte Forderung wird an eine ganz arme Person cediert, die nunmehr das Armenrecht erwirkt und die streitige Schuld einklagt. Gewinnt der Kläger den Prozess, so liefert er nach Abzug einer Entschädigung die Klagesumme ab, verliert er ihn so hat er keine Kosten zu zahlen. Wie eine solche fiduciarische Cession nach gemeinem Recht beschaffen ist, untersucht Stammler gar nicht. Er bezeichnet sie ganz richtig als ein Mittelding zwischen einer einfachen Cession und einer blossen Bevollmächtigung. Jedenfalls ist sie seiner Ansicht nach nach B.G.B. nicht mehr zulässig. Damit bestreitet Stammler die Existenz der fiduciarischen Abtretung von Forderungen nach B.G.B. Die einschlägige Gesetzesstelle ist ihm § 409, dessen erster Satz lautet:

> Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, dass er die Forderung abgetreten habe, so muss er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.

Liegt demnach eine wie oben geschilderte Cession vor, so hat der Schuldner das Recht, an den Gläubiger zu zahlen und kann dann verlangen, dass dieser unumschränkt als neuer Gläubiger auftrete. Wenn dann zu Tage tritt, die Cession habe nur stattgefunden, um dem Drittschuldner die Gerichtskosten aufzubürden, so hat dieser nach § 826 gegen den Cedenten einen Ersatzanspruch.

Der Ansicht Stammlers ist nicht beizutreten. Einmal ist eine Gefahr auch nach bisherigem Recht nicht vorhanden, dass durch derartige Manipulationen Personen geschädigt werden. Klagt ein solcher Bettler eine Forderung ein, so wird man ihm sicherlich, wenn auch gegenteilige Entscheidungen vorliegen, mit Recht die Einrede der Arglist

---

[1]) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. S. 193 ff.

entgegenhalten können.[1])[2]) Die Vorschrift des § 409 dient allerdings dazu, bei nicht wirklich erfolgten Abtretungen den Schuldner zu schützen, welcher entweder den neuen Gläubiger anerkennen oder dessen Legitimation bestreiten kann.[3]) Aber eben nur, wenn die Abtretung nicht erfolgt ist! Wenn wir aber daran festhalten, dass im Wesen der fiduciarischen Cession ja eben liegt, dass die Forderung rite abgetreten wird — und daran hindert das B.G.B. ja nicht —, so wird man unmöglich den § 409 auf solche Rechtsgeschäfte beziehen können. Seine Wirksamkeit ist vielmehr lediglich auf simulierte oder ungültige Abtretungen beschränkt. Nichts deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber der fiduciarischen Cession den Garaus machen wollte. Sie besteht nach wie vor, und die gegenteilige Meinung basiert auf einer willkürlichen Annahme. Sache einer vernünftigen Gesetzesauslegung ist es nur, Missbrauch zu verhüten, wie das in dem oben angeführten Beispiel der Fall ist, und Unbilligkeiten nach Möglichkeit zu vermeiden.

Überblicken wir nunmehr die durch das B.G.B. geschaffene oder besser nicht veränderte Rechslage, so können wir feststellen:

1. Die fiduciarische Abtretung von Forderungen in ihrem Unterschied von der simulierten oder gesetzumgehenden Cession bleibt bestehen.
2. Die exceptio doli als Mittel zur Verhütung missbräuchlicher Anwendung ist nach wie vor (auch im Wechselrecht) zulässig.
3. Die Frage des Aussonderungsrechtes des Cedenten im Konkurse des Fiduciars wird im B.G.B. nicht entschieden.

Die Lösung dieser Frage soll daher im Folgenden angestrebt werden.

---

[1]) Jur. Wochenschr. 1889, S. 521 n. 22. Gruchot Bd. 34, S. 464.

[2]) Stammler erwähnt, dass ein Anwalt in einem solchen Falle einmal den Einwand erhoben haben soll, es läge eine cessio in potentiorem vor.

[3]) cf. Planck, Kommentar Liefer. 3, Anm. 2 zu § 409.

§ 8. Versuch einer eigenen Konstruktion.

Die Cession in ihrer heutigen von Gesetz und Rechtswissenschaft anerkannten Gestalt ist das Produkt eines der heftigsten und erbittertsten wissenschaftlichen Kämpfe, die je geführt worden sind. Windscheid hat in seiner Schrift über die »actio des römischen Civilrechts« endgültig mit der von Mühlenbruch und Kuntze vertretenen Auffassung gebrochen, dass die obligatio notwendig unübertragbar sei, und dass sie übertragen auch ihr Wesen zerstören heisse. Dies war der Standpunkt des reinen römischen Rechts: die obligatio war das iuris vinculum, welches zwei Personen mit einander verknüpfte; man zerschnitt es, wenn man die eine dieser Personen wegnahm und durch eine andere ersetzte. Dieser Standpunkt aber war auch völlig genügend für die einfachen Formen, in denen sich der römische Geldhandel bewegte. Er wird einengend und niederdrückend, sowie die Verkehrsentwickelung einen immer steigenden Handel mit Forderungsrechten herbeiführt. Es wird nicht mehr baar die von Hand zu Hand gehende Ware bezahlt, die Zahlungsmittel werden mannigfaltiger und bei der Höhe der im Umlauf befindlichen Geldmassen wird zu dem Zahlungsmittel der Übertragung von eigenen Forderungen gegriffen. Durch eine solche wirtschaftliche Notwendigkeit hat sich demgemäss im heutigen Recht die Anerkennung der Sondernachfolge in Forderungen herausgebildet. Unsere heutige obligatio in ihrer Schmiegsamkeit und Dehnbarkeit steht darum in schroffem Gegensatz zu der Starrheit der alten obligatio. Zwischen diesen beiden Endpunkten befinden sich eine Reihe Mittelglieder. Man weiss, wie die Römer sich gegenüber der fühlbar werdenden Notwendigkeit zu helfen wussten, ohne das Grundprinzip zu verletzen: die Bestellung des procurator in rem suam, die Gewährung der actio utilis an den Cessionar sind rechtsgeschichtlich allgemein bekannte Thatsachen. Festzuhalten ist, dass die Cession in ihrer heutigen Gestalt auf einem zweifellosen Gewohnheitsrechte beruht, das sich aus wirtschaftlichen Prinzipien entwickelt hat.

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt die fiduciarische Cession. Die schon erwähnte Scheidung in eine Cersion in eigenem Interesse und eine solche in fremdem Interesse muss zweifellos vorgenommen werden.[1]) Übertrage ich fiduciarisch zur Sicherheit, so wird zwar die schliessliche Rückübertragung wohl vorgesehen, die Cession aber erfolgt vorläufig im Interesse des Fiduciars unbeschränkt. Die daraus für den Cedenten sich ergebenden Nachteile erklären sich ohne Weiteres aus dem Verlangen des Fiduciars, dem der Cedent notgedrungen nachgeben muss. Dieses Rechtsgeschäft ist ein absolut rein fiduciarisches: dem Fiduciar zu Liebe wird es abgeschlossen und seiner Redlichkeit wird auch vertraut.

Anders aber steht es mit der fiduciarischen Cession im Interesse des Cedenten; das Hauptbeispiel ist die Abtretung zum Zwecke der Einziehung. Diesem Rechtsgeschäft fehlt das charakteristische Gepräge der erstgenannten Gruppe, es ähnelt dem Mandat, der Vollmacht, es steht, wie oben bemerkt wurde, in der Mitte zwischen einfacher Cession und blosser Bevollmächtigung. Es trägt das rein Fiduciarische nicht mehr unverfälscht an sich, schon um dessentwillen nicht, weil zunächst nicht abzusehen ist, zu welchem Zwecke so über das Ziel hinausschiessende Mittel gewählt werden. Denn, wenn auch der Fiduciar frei dasteht, so ist doch der Nachteil, den Cedent oder Indossant erleidet, unter Umständen ein ganz unverhältnismässig grosser. Ziehen wir nun die Konsequenz aus dem im Anfange des Abschnittes und dem jetzt Gesagten, so müssen wir sagen: hier ist die Cession mit allen ihren Folgen keine wirtschaftliche Notwendigkeit, sondern ein Nachteil. Ist dies aber der Fall, müssen wir denn dann annehmen, dass bei der fiduciarischen Abtretung im eigenen Interesse des Cedenten eine Cession in dem allgemein üblichen Sinne vorliegt oder können wir uns nicht eine andere Art von Cession mit weniger schädigendem Erfolge konstruieren?

[1]) Im Grunde genommen stehen diese Ausführungen iherm Resultat nach, wie schon erwähnt, denen Dreyers am nächsten.

Und eine solche giebt es. Der § 835 C.P.O. (736 der alten) kennt eine Überweisung zur Einziehung, bei der dem Gläubiger, um ihn zu befriedigen, eine Forderung überwiesen wird, die er einziehen darf. Es ist dies eine eigenartige Erscheinung, und das Gesetz hat diesem Rechtsgeschäft keinen bestimmten Namen gegeben.[1]) In Wahrheit ist der Gläubiger hier procurator in rem suam, er erhält lediglich das Recht zur Einziehung der Forderung. Diese selbst bleibt Bestandteil des Vermögens des Schuldners, von der Summe der an der Forderung haftenden Rechte ist lediglich das Einziehungsrecht auf den Gläubiger übertragen worden. Die Motive sagen:[2]) »Die Überweisung als Akt der Zwangsvollstreckung entspricht der gemeinrechtlichen Gestattung der actio utilis zur Einklagung einer verpfändeten Forderung.« Bei der Beratung der Civilprozessordnung äusserte sich Baehr in der Weise,[3]) dass er dem Drittschuldner gegenüber dem Pfändungsgläubiger alle Einreden zubilligt, welche vorher bestanden haben. Eine Beschränkung der Verteidigung aus Art. 82 W.O. solle keine Anwendung finden.[4]) Auch das Reichsgericht[5]) betont, dass die gepfändete Forderung nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet und dass der Gläubiger nicht die Stellung eines Cessionars, sondern eines procurators in rem suam hat.

Hier also in der Civilprozessordnung sehen wir, dass von der Cession im gemeinrechtlichen Sinne und im Sinne des B.G.B. ein Rückschritt gemacht ist zum procurator in rem suam. Es wird also hier durch die moderne Gesetzgebung ein Rechtsinstitut sanktioniert, welches im Allgemeinen durch die Cession in ihrer heutigen Gestalt nach der herrschenden Meinung als überwunden anzusehen ist. Auch die Parteiabrede kann wohl ebenso wie die C.P.O.

---

[1]) Gaupp, Kommentar zu § 736 III.; Förster-Eccius zu § 736.
[2]) Motive S. 458.
[3]) Protokolle S. 848.
[4]) Gaupp zu § 736 III c.
[5]) R.G. 18 S. 398/11, S. 50, 51.

das scheinbar abgestorbene Institut beleben, u. E. steht dem nichts entgegen. Ebenso nun, wie wir im § 835 C.P.O. durch das Gesetz eine Erscheinung des älteren Rechtes aufgefrischt sehen, können wir auch annehmen, dass in der fiduciarischen Cession im eigenen Interesse des Cedenten durch Gewohnheitsrecht sich neuerdings ein Institut herausgebildet hat, welches wir bereits im alten Recht finden. Wir können hier den Fiduciar mit dem dominus litis in rem alienam des römischen Rechts vergleichen.

Im Legisaktionsprozess war in Rom die persönliche Beteiligung der Parteien am Prozesse vorgeschrieben. Dem Bedürfnis der Partei, sich aus irgend welchen äusseren oder inneren Gründen bei der Wahrnehmung der Prozesshandlungen vertreten zu lassen, wurde als dann im Formularverfahren entsprochen. Der Prätor liess einen gewillkürten Vertreter zu.[1]) Die Stellvertreter im Prozesse waren teils cognitores, teils procuratores. Der cognitor wurde durch certa et solemnia verba des Litiganten gegenüber seinem Gegner bestellt (Gaius IV, 83, 97), während die Bestellung des Prokurators ohne Formalitäten durch blossen Auftrag vor sich ging (Gaius IV, 94). Es ist in der Litteratur bestritten, ob die Kognitur oder die Prokurator die ältere Form ist.[2]) Der von dem Prätor gewählte Stellvertreter nimmt aber nicht nur einzelne Prozesshandlungen wahr, sondern er wird wahrer Repräsentant der Partei. Indem er in litem kontestiert, tritt er als dominus litis in den Prozess ein.[3]) In der formula wird die intentio auf den Namen der Partei, die condemnatio auf den des dominus

---

[1]) l. 8 § 3, l. 33 § 3 Dig. 3, 3. Wetzel, System des ordentlichen Civilprozesses. § 9.

[2]) Nach Keller, Der römische Civilprozess, S. 274/75 ist die Kognitur älter; a. A. Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio, S. 50 ff., cf. auch Wlassak, Zur Geschichte der Kognitur (Festgabe für Ihering) S. 72, Anm. 53; Eisele, Kognitur und Prokuratur, S. 76—78.

[3]) l. 22, l. 23 C. de proc. 2, 13.

litis gestellt (Gaius IV, 87, 86). Der actio iudicati gegenüber ist der dominus litis selbst haftbar, wie er auch andererseits die Klage selbst anstrengen darf. Die Ausgleichung zwischen Parteien und dominus litis erfolgt auf Grund des civilrechtlichen Vertragsverhältnisses.

Dieses Institut des dominium litis finden wir mutatis mutandis, d. h. wenn wir von den prozessualen Eigentümlichkeiten absehen, in der fiduciarischen Cession im eigenen Interesse des Cedenten wieder. Der Gläubiger einer Forderung will diese aus bestimmten Gründen nicht selbst geltend machen. Er macht einen andern — den Fiduciar — zum dominus obligationis, welcher statt seiner als Repräsentant in das Vertragsverhältnis eintritt. Dieser tritt nach Aussen vollständig als Gläubiger auf, er kann auch die Forderung im Prozesse geltend machen, und die Zurückerstattung des Geldes vollzieht sich auf Grund des civilrechtlichen Vertragsverhältnisses (der Nebenabrede). Wenn man sich daher nicht scheut, mit dem Worte »fiduciarische Cession« nicht bloss den Begriff des Allgemeinüblichen zu verbinden, sondern in dieser Art der Cession eine Analogie zum dominium litis zu erblicken, so kann man auch dem Cedenten oder Indossanten unbedenklich ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduciars zubilligen. Die Vorschriften des Wechselrechts stehen dem nicht im Wege. Die Forderung gehört ja trotz der Übertragung noch immer zum Vermögen des Cedenten, und die Schuldurkunde ist dem Fiduciar nicht zum Eigentum übergeben worden. Angenommen, der Cedent geriete in Konkurs, so würden im Falle der Annahme des Eigentumsüberganges seine Gläubiger um den Betrag der fiduciarisch übertragenen Forderung geschädigt werden: die fiduciarische Cession im Interesse des Cedenten wäre demnach geradezu in fraudem creditorum geschehen. Sowohl im Falle des Konkurses des Cedenten wie des Fiduciars gelangt man demnach auf Grund der bisherigen Theorie zu ungesunden praktischen Resultaten. Wenn also irgend möglich, muss man einen andern Weg einzuschlagen suchen, und die

geschilderte Konstruktion führt zu brauchbaren Konsequenzen und zur Gewährung eines Aussonderungsrechtes. Die Gewährung der Einreden ergiebt sich hier nicht auf dem Wege der exceptio doli, sondern es werden selbstverständlich dem dominus litis alle Einreden entgegengehalten, die der Schuldner gegen den Cedenten hatte. Damit würden u. E. auch alle z. B. von Werthauer für das Wechselrecht geäusserten Einwendungen wegfallen.[1])

Wenn auch der Name der fiduciarischen Abtretung bestehen bleiben mag, so geht bei dieser Konstruktion doch der eigentliche Kern der fiducia verloren (cf. Dreyer). So ist das Endresultat unserer Betrachtungen eine Verringerung der Geschäfte, die wir im Anfange als fiduciarische bezeichneten. Als rein fiduciarische bleiben nur die im Interesse des Fiduciars vorgenommenen bestehen, die cessio in securitatem und der Depôtwechsel, die denn auch in engem Zusammenhange mit der alten fiducia stehen. Hier bei dieser Gruppe zu einer Gewährung des Aussonderungsrechtes zu gelangen, will nicht gelingen: es muss, wenn auch ungern, verneint werden.

[1]) S. 43 dieser Arbeit.

Lebenslauf.

Ich, Georg Martin Tarnowski, Sohn des Kaufmanns Hermann Tarnowski und seiner Ehefrau Louise geb. Singer, bin geboren am 29. März 1878 zu Breslau. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Gymnasium zu St. Elisabet, welches ich Ostern 1896 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte die Rechtswissenschaft und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg, Heidelberg und Breslau. Am 31. Mai 1899 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 1. Juli 1899 ebenda das examen rigorosum. Als Referendar war ich zunächst bei dem Amtsgericht zu Steinau a/O. thätig, woselbst ich am 17. Juni 1899 vereidigt wurde. Seit dem 9. April 1900 bin ich bei dem Landgericht Brieg beschäftigt.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen folgender Herren Professoren:

Beling, Bennecke †, Brie, Bruck, Buhl, Dahn, Eisele, Kuno Fischer, Otto Fischer, Heymann, His, Jörs, Kräpelin, Leonhard, von Lilienthal, Georg Meyer †, von Schultze-Gävernitz, Sombart, Max Weber.

Allen diesen meinen Lehrern spreche ich hiermit meinen ehrerbietigsten Dank aus, insbesondere Herrn Geheimen Justizrat Prof. Dr. Leonhard für sein liebenswürdiges Entgegenkommen und die wertvollen Ratschläge, die er mir bei der Abfassung der vorliegenden Arbeit erteilt hat.

Thesen.

1. Bei der im Interesse des Cessionars vorgenommenen fiduciarischen Cession besteht im Falle des Konkurses des Cessionars bezüglich der abgetretenen Forderung kein Aussonderungsrecht des Cedenten.
2. Wird ein Zeuge nach seiner Abstimmung bei der Reichstagswahl gefragt, so steht ihm auf Grund des Art. 20 der Reichsverfassung das Zeugnisverweigerungsrecht zu.
3. Eine vom Arzt gegen den Willen des Patienten vorgenommene Operation ist als Körperverletzung auf Grund des § 223 ff. St.G.B. zu bestrafen.
4. Die Thatsache, dass der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung in glaubwürdiger Weise davon in Kenntnis gesetzt wird, dass die zu pfändenden Sachen nicht Eigentum des Schuldners sind, hat für die etwa folgende Interventionsklage zur Folge, dass der Erwerb eines Pfändungspfandrechts im Sinne des § 804 C.P.O mangels Gutgläubigkeit des erwerbenden Gläubigers nicht anzunehmen ist.